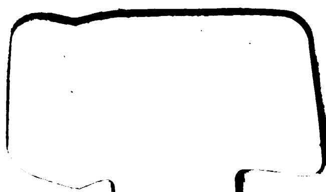








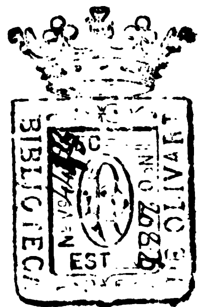




DE INHOUD DER OVEREENKOMSTEN

IN HET

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT.





DE INHOUD DER OVEREENKOMSTEN

IN HET

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Rechtswetenschap,

AAN DE UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

MR. L. DE HARTOG,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID,

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

op Dinsdag 8 Juni 1886, des namiddags ten 4 ure,

in het Universiteitsgebouw,

DOOR

GASPARD MARIE RABAN TESTA,

GEBOREN TE MANNHEIM.



AMSTERDAM,
L. KERVEL & Co.
1886.

AAN MIJNE OUDERS.

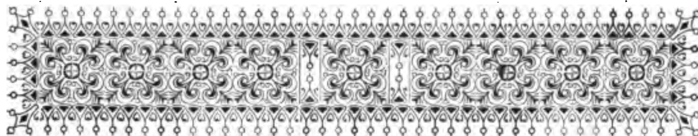
CORRIGENDA.

Pag. 7, regel 26 staat: van zijn land, lees: van het land.
„ 101, regel 22 staat: bij de uitlegging der overeenkomsten, zonder in casuistiek te vervallen.
Behoudens de wijze van uitvoering besluiten wij aldus die altijd enz.
lees: bij de uitlegging der overeenkomsten.
Zonder in casuistiek te vervallen besluiten wij aldus:
Behoudens de wijze van uitvoering die altijd enz.
„ 132 regel 7 staat: dezer, lees: van
„ 133 regel 1 staat: bewaargever, lees: bewaarnemer
„ 159 regel 23 staat: comitur lees: comiter
„ 193 regel 27 staat: Nederlandschen rechter, lees: Nederlandschen wetgever

INHOUD.







INLEIDING.

„Il régnera donc toujours entre les nations une „contrariété perpétuelle de lois; peut-être régne-„ra-t-elle perpétuellement entre nous sur bien des „objects. Delà la necessité de s'instruire des règles „et des principes qui peuvent conduire dans la „décision des questions que cette variété peut faire „naître".

Boullenois, Voorrede (Vol. I p. 18.)

Overtuigd van de waarheid dezer woorden en van de met de uitbreiding van het verkeer steeds toenemende noodzakelijkheid om op dit gebied tot eene voor alle landen gelijke oplossing van internationale wetsconflicten te geraken, heb ik getracht in dit Akademisch proefschrift eenige dezer conflicten, waartoe de inhoud der verbintenis uit overeenkomst aanleiding kan geven, na te gaan.

In het volle bewustzijn van het uitgebreide en ingewikkelde dezer stof en van de beperkte krachten mij ten dienste, matig ik mij volstrekt niet aan te beweren, in al de bijzonderheden van dit onderwerp genoeg te zijn doorgedrongen.

Die taak was mij te zwaarder, omdat zoover ik heb kunnen nagaan, deze stof door geenen der schrijvers over internationaal privaatrecht tot voorwerp eener bijzondere behandeling is gemaakt. Zij bepalen zich dienaangaande gewoonlijk tot het stellen van algemeene beginselen. Het onderwerp evenwel is hoogst belangrijk, daar toch de wetsbepalingen omtrent de verbintenissen uit overeenkomst een groot deel van de meeste wetgevingen innemen. Maar zelfs onder de schrijvers, die dit onderwerp slechts ter loops bespreken, in vergelijking met de andere door hen behandelde vraagstukken, bestaat hieromtrent al zeer weinig overeenstemming, zoodat het uiterst moeielijk is om in dien doolhof van meeningen den waren weg te vinden en een besliste keuze te doen.

Bij de behandeling van internationale vraagstukken wordt men dikwijls gedwongen om nu eens zijn toevlucht te nemen tot den Italiaan, — deze evenwel heeft bijna alles over voor de nationale wet, — dan weder tot de meer bezadigde en praktische Engelsche en Amerikaansche schrijvers, doch ook bij deze stuit men meestal op een koud egoïsme, dat slechts het eigenbelang en de *reciproca utilitas* kent; eindelijk landt

men aan bij de diepzinnige Duitsche schrijvers, wier strenge theorie hunne beginselen soms wel wat te eenzijdig doet voorkomen. Met deze moeielijkheid had ook ik vaak te kampen. Daarom zullen er, zonder twijfel, in deze proeve nog vele onnauwkeurigheden en onvolledigheden te vinden zijn. Aan bekwameren om deze te verbeteren en aan te vullen.

De opvatting omtrent de rechten van den mensch, met nadruk op het einde der vorige eeuw verkondigd, deed ook de rechtsgelijkheid van den vreemdeling met den eigen onderdaan meer op den voorgrond treden. Dat grondbeginsel eener rechtsgemeenschap tusschen alle menschen en alle volkeren bleef voortduren, niettegenstaande de gedeeltelijke wederinvoering van het *albinaat-recht* in den Code Napoléon; en onder den invloed dier rechtsgemeenschap verkreeg ook het aloude beginsel, dat in het algemeen partijen in een verbintenis de bevoegdheid hebben hunne rechten en verplichtingen naar goedvinden te regelen, een ruimere strekking, een meer exterritoriale kracht werd aan dat beginsel toegevoegd. Vooreerst verkreeg het streng feodaal begrip van de territorialiteit der wetten een zachtere tint. De tijdelijk in een land vertoevende personen waren niet *eo ipso* onderworpen aan de wetten van dat land, ten opzichte van al hunne handelingen en in het bijzonder ten opzichte van hunne overeenkomsten. Daarenboven werd uitdrukkelijk het recht erkend, zoowel van den vreemdeling

als van den ingezetene, op bescherming van persoon en goederen, en dus ook op handhaving hunner verkregen rechten.

Deze verkregen rechten kunnen onder andere voortspruiten uit de overeenstemmende wilsverklaring tusschen twee personen, gericht op het praesteeren van diensten. Ieder mensch heeft behoefte aan diensten van anderen; dit is noodzakelijk voor de vrije ontwikkeling van het individu, aan wien in den regel slechts een bepaalde taak in den maatschappelijken arbeid is toegekend. Dit geldt in 't bijzonder voor onderdanen van hetzelfde land, maar door het toegenomen verkeer geldt dit ook voor onderdanen van verschillende landen. De diensten van den vreemdeling zijn ons thans evenzeer onontbeerlijk als die onzer landgenooten.

Niemand nu kan de diensten, welke hij noodig heeft, beter waardeeren, dan hij, die ze behoeft; niemand zal beter in staat zijn dan hij om te oordeelen over hetgeen hem noodzakelijk schijnt tot waarborg, dat de verplichtingen zullen worden nagekomen, niemand zal ook beter den omvang daarvan kunnen regelen. Daartegenover staat het recht van den verbondene om niet meer verplichtingen op zich te nemen, dan hij goedvindt.

Schuldeischer en schuldenaar, zonder aanzien van nationaliteit, hebben dus gelijk recht om den omvang hunner verbintenis naar goedvinden te regelen. De wetgever, die hierop inbreuk zou maken, zou slechts

stoornis brengen in de vrije beweging en ontwikkeling der individuen. Hij kan alleen, in het belang der geheele gemeenschap en ter bescherming der algemeene rechtsorde, de grenzen aanwijzen, waarbinnen de individuen zich vrij mogen bewegen. Derhalve ten opzichte van hunne particuliere belangen mogen partijen in eene verbintenis, waar ook aangegaan of ten uitvoer te leggen, — welke rechter ook over hunne betwiste vordering een oordeel velle — datgene bepalen wat zij goedvinden.

Van dit standpunt uitgaande, zullen wij in den loop dezer dissertatie een en ander omtrent contractueele verbintenissen uit een oogpunt van internationaal privaatrecht opmerken.

Onder eene verbintenis wordt verstaan: de rechtsbetrekking tusschen meerdere zelfstandige personen, waardoor de een (crediteur) den andere (debiteur) kan noodzaken tot eene positieve of negatieve handeling, die voor geldelijke waardeering vatbaar is. Een verbintenis kan ontstaan uit den overeenstemmenden wil van twee of meer personen. Deze wil van een persoon, gericht op handelingen van een anderen persoon, wordt door het positieve recht, onder zekere voorwaarden, beschermd. Daardoor treden beide personen in een *rechts*betrekking, waaruit een recht aan den éénen, en de daarmeê correspondeerende verplichting aan den anderen kant voortspruit. Veelal zullen aan beide

zijden wederzijdsche rechten en verplichtingen ontstaan, namelijk bij de zoogenaamde bilaterale contracten.

Die reeks, dat complex van rechten en verplichtingen, maakt in zijn geheel uit den inhoud van deze rechtsbetrekking. Onder den inhoud eener verbintenis uit overeenkomst verstaat men dus alle rechten en verplichtingen, die partijen hebben verkregen of op zich genomen bij het ontstaan hunner rechtsbetrekking.

Op gebied van het internationaal privaatrecht kan een contractueele verbintenis tot belangrijke rechtsvragen aanleiding geven. Conflicten van wetgeving kunnen ontstaan bij de beoordeeling van de bekwaamheid van personen om een verbintenis aan te gaan, bij de beoordeeling van formaliteiten, die daarbij in acht genomen moeten worden. Wij zullen ons met de conflicten hieruit ontstaande niet inlaten, als vallende buiten den inhoud der verbintenis; ook die omtrent het bewijs laten wij buiten bespreking. Ons doel is meer bescheiden. Wij zullen slechts een en ander aanstippen voor zoover bij de beoordeeling van het wezen, den aard en de rechtsgevolgen eener verbintenis, bepalingen van verscheidene wetgevingen met elkander in strijd kunnen komen.

Wanneer, bijvoorbeeld, een koopcontract in Nederland tusschen een Duitscher en een Belg of tusschen twee Belgen is gesloten, waarvan de uitvoering in Engeland moet geschieden, terwijl de Fransche rechter ingeroepen wordt om over de betwiste vordering

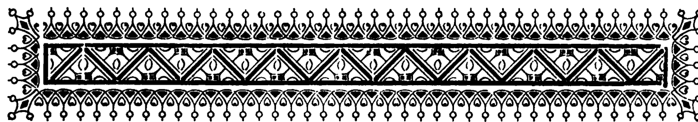
te oordeelen, of omgekeerd; welke wet zal dan het contract beheerschen? De bepalingen der Duitsche, der Belgische, der Nederlandsche, en der Fransche wet omtrent de overeenkomst van koop en verkoop kunnen zeer verschillen. Voor zooverre partijen zelf een en ander niet geregeld hebben, naar welke wet moet nu hunne verbintenis worden beoordeeld, om te weten, waartoe partijen al dan niet verplicht zijn?

Naar aanleiding dezer vragen zullen wij in een eerste hoofdstuk zien welke *de wet is, die in het algemeen een verbintenis uit overeenkomst beheerscht.* Gemakshalve zullen wij deze wet betitelen met den naam van *lex contractus.*

Daarna zullen wij trachten op te sporen, hoever de toepassing dezer algemeene wet reikt, welke rechtsgevolgen daardoor worden beheerscht, en alzoo in een tweede hoofdstuk aantoonen dat: *De wet, die in het algemeen de verbintenis beheerscht, ook haar geheelen inhoud beheerscht, behoudens de wijze van uitvoering, en behoudens de werking van imperatieve of prohibitieve wetten.*

Vervolgens wanneer de vordering betwist wordt voor een of ander rechter, zou men te vergeefs zijn tusschenkomst inroepen, indien de verbintenis of eenig beding daarvan in strijd ware met de prohibitieve of imperatieve wets-bepalingen van zijn land waar de rechter zetelt, en die rechter zal ook niet den schuldenaar mogen dwingen tot nakoming van verbintenissen,

die de prohibitieve wetten van andere landen zouden schenden. Zoo komen wij er toe om in een derde hoofdstuk die conflicten te behandelen, die daaruit ontstaan, dat niet in alle landen dezelfde prohibitieve of imperatieve wetten gelden en aldus nagaan: *de invloed van prohibitieve of imperatieve wetten.*



HOOFDSTUK I.

DE WET, DIE DE VERBINTENIS UIT OVEREENKOMST IN HET ALGEMEEN BEHEERSCHT.

Uit den overeenstemmenden wil van twee of meer personen ontstaat een verbintenis. — Die wil der partijen is de essentie, het wezen der verbintenis uit overeenkomst, en alle rechten en verplichtingen, welke deze medebrengt, zijn het onmiddellijk resultaat van dien wil.

Welke rechten hebben zij elkander willen toekennen, welke verplichtingen hebben zij elkander willen opleggen? Het antwoord hierop is ten eerste afhankelijk van dien wil der partijen. In het algemeen laat het positieve recht partijen vrij om het voorwerp, de voorwaarden en de rechtsgevolgen hunner overeenkomst naar goed-

vinden te regelen. Hun verklaarde wil is de wet waaraan zij zijn onderworpen zij zijn in dit opzicht *autonoom* d. i. zij zelve zijn wetgevers.

Maar voor partijen zou het een omslachtig werk zijn om bij elke overeenkomst, die zij aangaan, telkens nauwkeurig te bepalen, welke verplichtingen zij op zich nemen, ja het zou voor hen zelfs onmogelijk zijn alle moeielijkheden te voorzien, alle vragen te beantwoorden, waartoe hunne rechtsbetrekking aanleiding kan geven. Dit is dan ook de reden, waarom in bijna alle wetgevingen bepalingen bestaan omtrent verbintenissen en overeenkomsten. De wetgever, namelijk, treedt hier tusschenbeide en wijst, in plaats van de partijen, aan, welke de omvang is harer rechten en verplichtingen. In algemeene trekken duidt hij de rechtsgevolgen aan, die uit den verschillenden aard der verbintenis voortvloeien en geeft nog in het bijzonder voor eenige contracten, die het meest voorkomen, de daaruit ontstaande rechtsgevolgen aan. Door te bepalen, wat bij dergelijke verbintenissen en overeenkomsten in den regel bedongen wordt en wat hem het billijkste voorkomt, heeft hij voorzien in hetgeen partijen waarschijnlijk zouden gewild hebben en men veronderstelt dus, dat partijen die wetsbepalingen hebben verlangd. De wetsbepalingen vullen haren niet uitgedrukten wil aan, zij maken deel uit van hare overeenkomst. Daarom zijn enkele woorden soms voldoende, zoodat bv. door het bedingen van een koop-

contract partijen de geheele reeks van rechten en verplichtingen overnemen, welke de wet aan die overeenkomst vastknoopt. Niettemin zijn partijen in den regel bevoegd om sommige bepalingen der wet geheel te verwerpen en andere bedingen aan hare overeenkomst toe te voegen. Zij zijn het best in staat om daarover te oordeelen.

Hoewel zij dus in het algemeen vrij zijn, bestaat er toch een gebied, waarop de wil van den wetgever prevaleert. De meeste wetgevers zullen slechts onder zekere voorwaarden rechtskracht aan de overeenkomst der partijen verleenen. Van die dwingende voorschriften mogen partijen niet afwijken: niettemin behooren deze evenzeer tot den inhoud der verbintenis, zoodat deze niet alleen door den wil der partijen bepaald wordt, maar ook door de imperatieve of prohibitieve voorschriften der wet, waaraan partijen geacht worden zich te onderwerpen. Immers zij die hun rechten en verplichtingen door een of andere wet geregeld willen zien, moeten noodzakelijkerwijze geacht worden zich te hebben willen onderwerpen aan de voorwaarden, waaronder een wetgever aan die rechten en verplichtingen rechtskracht verleent.

Welke is nu, voor zoover partijen een en ander niet zelf geregeld hebben of niet hebben mogen regelen, omdat het hare bevoegdheid te boven ging, de wet door partijen gewild om hare rechtsbetrekking te regelen? Uit de autonomie der partijen vloeit

onmiddellijk voort, dat zij in het algemeen ook *vrij* zijn in het kiezen van die wet. Deze wet, waaraan zij zich onderworpen hebben, is die, welke in het algemeen de verbintenis beheerscht, de *lex contractus*.

Evenwel mogen, zooals wij gezien hebben, noch de bepalingen der partijen, noch de bepalingen der wet, waaraan partijen onderworpen zijn, in strijd zijn met de imperatieve of prohibitieve wetten. Wij zullen evenwel deze prohibitieve wetten voorloopig buiten rekening laten en aannemen, dat de verbintenis niet daarmede strijdig zijn. Door deze abstractie zullen wij gemakkelijker de taak kunnen volbrengen, waarmede wij ons thans hebben bezig te houden, namelijk het onderzoek naar de wet, die in het algemeen de verbintenis beheerscht.

Partijen zijn vrij in de keuze der wet, die hare verbintenis moet regelen. — Doch bij die keuze moet men onderscheiden.

Partijen kunnen *uitdrukkelijk* hebben bedongen, dat deze of gene wet hare verbintenis zal beheerschen, maar zij kunnen ook *stilzwijgend* haar wil daaromtrent te kennen hebben gegeven. Zij kunnen ook haar wil daaromtrent niet uitgedrukt hebben en dan blijft er niets anders over dan te *presumeeren*, wat de wil der partijen geweest is.

Wij zullen achtereenvolgens deze drie punten nagaan. Voorloopig zij opgemerkt, dat, al worden partijen geacht zich aan eene wet te hebben onderworpen, daardoor nog niet uitgemaakt is, dat alle rechtsvragen,

die zich bij gelegenheid eener verbintenis kunnen voordoen, ook naar die zelfde wet beoordeeld moeten worden. Men zal daarvan telkens mogen afwijken, wanneer men een andere bedoeling der partijen, die meer waarschijnlijk is, kan aannemen. Wij zullen er nader op terug komen.

Wanneer partijen *uitdrukkelijk* haar wil te kennen hebben gegeven, dan kan er geen twijfel bestaan omtrent de vraag, welke de toepasselijke wet is. Haar beider wil strekt haar tot wet, hij is bindend voor haar en voor den rechter. Dit beginsel geldt voor alle contracten, waar ook tot stand gekomen en tusschen welke personen ook aangegaan.

Partijen kunnen uitdrukkelijk zich aan een of andere wet onderwerpen, zoowel nominatim als in algemeene bewoordingen.

Nominatim, door speciaal eenige bepalingen van een of andere wet te bedingen. Om te weten, welke wet dan voor het overige de verbintenis beheerscht, moet men nagaan, welke de stilzwijgende of vermoedelijke wil der partijen daaromtrent is.

In algemeene bewoordingen, door bijv. in het algemeen te bedingen, dat de Fransche wet hare verbintenis zal beheerschen.

Toch zou men geneigd zijn, om dit laatste beginsel in twijfel te trekken, wanneer het betreft een verbintenis tusschen personen van dezelfde nationaliteit.

Twee Nederlanders gaan in Nederland een contract

aan, dat in Nederland zal worden uitgevoerd; — zouden zij kunnen bedingen, dat vreemd recht hunne verbintenis zal beheerschen? Op grond van bovengemelde autonomie der partijen, uitgedrukt ook in ons Burg. Wetb. art. 1374, dat alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten tot *wet* strekken voor degenen, die dezelve hebben aangegaan, is aan partijen die bevoegdheid niet te betwisten, voor zoo ver zij dit niet gedaan hebben ter ontduiking van de prohibitieve wetten van haar land, — waarover later. —

Wel is waar bepaalt art. 198. Burg. Wetb. (Code Civil art. 1380), dat echtgenooten enz. niet in *algemeene bewoordingen* kunnen bedingen, dat hun verbintenis zal worden geregeld door *buitenlandsche wetten,* of door eenige gewoonte, wetten, wetboeken of plaatselijke keuren, welke te voren in de onderscheiden gedeelten des Koninkrijks van kracht zijn geweest.

Doch zou men de bedoeling van den wetgever geheel en al voorbijstreven, indien men hier een algemeen verbod meende te vinden, dat partijen in een contract niet onder eene algemeene benaming eener buitenlandsche wet hare overeenkomst zouden mogen aangaan. Dat echtgenooten hunne huwelijks-overeenkomst niet op die wijze zouden mogen aangaan, heeft de wetgever om verschillende redenen raadzaam geacht. Het groote gewicht van het huwelijks-contract, maakte het noodzakelijk om de echtgenooten in hun eigen belang te verplichten, zich duidelijk te verklaren,

omtrent de gewenschte bedingen en de daardoor tusschen hen te vestigen rechtsbetrekking. De Fransche wetgever had hun reeds verboden dit te doen omtrent de wetten, gewoonten, keuren, enz. in de onderscheiden deelen des Koninkrijks vroeger van kracht, die zoo verschillend geregeld waren, en omtrent wier inhoud en bepalingen van meestal ongeschreven recht, zoo groote onzekerheid bestond. De Nederlandsche wetgever is zelfs verder gegaan en volledigheidshalve heeft hij er nog bijgevoegd, dat zij ook niet mogen bedingen, in algemeene bewoordingen, dat *buitenlandsche wetten* hunne verbintenis zouden regelen. Bijzondere redenen hebben derhalve aanleiding gegeven tot dit speciale voorschrift. Het geldt voor huwelijks-contracten en wel voor Nederlandsche echtelieden, want de vraag zoude nog kunnen geopperd worden of een Nederlander, die met eene Fransche vrouw trouwt, niet zoude mogen bedingen, bijvoorb. het régime dotal der Fransche wet. Nu moge het ook in andere overeenkomsten voor partijen raadzaam zijn om hare rechten en verplichtingen nauwkeuriger te omschrijven aan haar bevoegdheid om zich in het algemeen op eene buitenlandsche wet te beroepen, doet dergelijke overweging geenzins te kort. In plaats van een algemeenen regel zou men juist uit de bedoelde bepalingen een argumentum a contrario kunnen putten, dat, aangezien de wetgever dit verboden heeft voor huwelijkscontracten, het blijkbaar zijn bedoeling geweest

is, dat men bij andere overeenkomsten wel in algemeene bewoordingen kan bedingen, dat eene verbintenis door een buitenlandsche wet zal geregeld worden.

Hoe gaarne de rechter ook zijne nationale wet of die der partijen zou willen toepassen, hij kan er geen bezwaar in zien, om de vreemde wet toe te passen; het is dan eigenlijk niet die vreemde wet, die hij toepast, maar den wil der partijen; die vreemde wet geldt niet *ex proprio vigore*, als zijnde de uiting van den souvereinen wil van den vreemden wetgever, maar als de wil van den eigen wetgever, die bepaalt, dat wat partijen gewild hebben tot wet strekt.

A fortiori mogen partijen van dezelfde nationaliteit uitdrukkelijk vreemd recht bedingen, wanneer zij in den vreemde hare verbintenis hebben aangegaan, of wanneer die daar ten uitvoer moet worden gebracht. Zoo ook, wanneer het een verbintenis geldt tusschen personen, die van verschillende nationaliteit zijn.

Zelden, echter, gebeurt het, dat partijen *ipsis verbis* hebben aangeduid, dat hare verbintenis door deze of gene wet zal worden beheerscht. Uit zekere handelingen, feiten, of gezegden, die oorspronkelijk tot een ander doel bestemd zijn geweest, dan tot verklaring van haar wil omtrent de wet, die de verbintenis zal beheerschen, kan men vaak de gevolgtrekking afleiden, dat zij indirekt hun wil daarover kenbaar gemaakt hebben, en derhalve aannemen, dat zij *stilzwijgend* zich aan deze of gene wet hebben willen onderwerpen.

In plaats van haar uitgesproken wil leveren die feiten of gezegden het bewijs, hoedanig die wil was. Deze hunne stilzwijgende wil geldt dan evenzeer, alsof zij hunnen wil uitdrukkelijk te kennen hadden gegeven, maar die feiten of gezegden moeten van zoodanigen aard zijn, dat zij geen twijfel meer overlaten omtrent de bedoeling der partijen, en om deze reden zal het ook uiterst moeielijk zijn, om onmiddelijk een zoodanigen *stilzwijgenden* wil aan te nemen. Theoretisch valt hieromtrent niets aan te merken, want de wil kan ook stilzwijgend zijn uitgedrukt. Doch die handelingen of gezegden, waaruit men een stilzwijgenden wil van partijen afleidt, zullen wel altijd eenigen twijfel overlaten omtrent hare bedoeling, en in dubbelen zin kunnen worden uitgelegd. De rechter zal alvorens een stilzwijgenden wil aan te nemen, eerst moeten onderzoeken, welke zin het meest waarschijnlijk door partijen aan die feiten of gezegden gehecht is, zoodat in de meeste gevallen de rechter zal moeten vermoeden, welke de wil der partijen is. Praktisch bestaat er dus tusschen dezen stilzwijgenden wil en een vermoedelijken wil slechts weinig verschil.

De aanwijzingen, door partijen te geven, omtrent de wet volgens wier bepalingen zij bedoeld hebben dat hare overeenkomst zou worden beoordeeld, kunnen uiterst gering zijn, en voor den rechter zal het vaak zeer lastig zijn, om de bedoeling met juistheid te kennen. Zij kunnen zelfs omtrent de wet die de over-

eenkomst moet regelen direct, noch indirect haar wil kenbaar gemaakt hebben. De rechter zal een *vermoedelijken* wil moeten aannemen, en hij zal dit moeten doen in verband met sommige later te vermelden omstandigheden, door bijv. aan te nemen, dat partijen de bedoeling gehad hebben zich te onderwerpen aan de wet van het land, waar zij haar verbintenis hebben aangegaan, enz.

Laurent [1]) betwijfelt, of in landen, waar geschreven recht bestaat de rechter wel de bevoegdheid heeft om een *vermoedelijken wil* van partijen aan te nemen, aangezien in die landen dergelijke vermoedens alleen door den wetgever mogen aangenomen worden. In het oude recht, zegt hij, kon de rechter dit doen. „Dans notre droit français, on ne pourrait plus formuler le principe en ces termes. Autre chose est la volonté *tacite*, autre chose est la volonté *vraisemblable*. La volonté *tacite* est celle que les parties ont exprimée par des faits, qu'elles ont posés. La volonté *vraisemblable* n'est pas celle des parties, c'est celle que la loi ou le juge leur supposent d'après les circonstances, c'est-à-dire une volonté *présumée*. (Le juge) fait le droit car il ne juge point d'après la volonté des parties, celles-ci n'ayant manifesté aucune volonté. Ce pouvoir n'appartient plus au juge, dans les pays ou

---

1) Droit civil International. Tome II, § 216.

il existe des codes: le droit ne s'y fait point par la science et par la jurisprudence, il se fait par le législateur 1)."

De Fransche en evenzoo de Nederlandsche wetgever, kent twee soorten van vermoedens, de wettelijke vermoedens, en die welke niet op de wet zelve zijn gegrond. Deze laatste mogen slechts door den rechter aangenomen worden in die gevallen, waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat, dat is: wanneer het voorwerp der vordering niet de waarde van *f* 300 te boven gaat. Zij zullen derhalve bij de beoordeeling van internationale rechtsconflicten omtrent verbintenissen weinig dienst doen. De *wettelijke* vermoedens, zijn die welke door den wetgever bepaald worden. Voor internationale rechtsconflicten heeft de wetgever geen wettelijke vermoedens vastgesteld. Hieruit zou volgen, dat de rechter op grond van zijne onbevoegdheid, om nieuwe wettelijke vermoedens aan te nemen, zich onbevoegd zou moeten verklaren, en aldus weigeren recht te spreken. Evenwel, de rechter moet recht spreken: 2) "Que fera le juge dans le silence de la loi? J'ai dit qu'il doit recourir à la tradition, d'une manière essentiellement traditionelle." Aangezien volgens de traditioneele leer de rechter wel op presumpties recht mag spreken, mag ook thans de rechter dit doen niettegenstaande hij daartoe onbevoegd is? De tegenspraak is duidelijk.

1) No. 228. Pag. 412.

2) Laurent Tom. II. No. 225. Pag. 407.

De zienswijze van den geleerden Gentschen hoogleeraar berust o. i. ook op een verkeerden grondslag.

Is het waar, dat de rechter hier een wettelijk vermoeden vaststelt, — eene bevoegdheid, die alleen den wetgever toekomt? Partijen hebben immers bij het aangaan harer verbintenis zich weinig of volstrekt niet uitgelaten omtrent de wet, die haar verbintenis zal beheerschen, maar zij hebben toch aan een gemeenschappelijke wet moeten denken; overeenstemming van wil moet er geweest zijn omtrent elke harer verplichtingen; alleen is de aard van haar wil onbepaald. Zonder dien overeenstemmenden wil, om beiden zich aan dezelfde wet te onderwerpen, is er geen overeenkomst gesloten, geen verbintenis tot stand gekomen. Dit zou dus tot het besluit leiden dat geene overeenkomst, is tot stand gekomen, wanneer partijen zich niet op ondubbelzinnige wijze hebben uitgelaten omtrent de wet, die haar verbintenis beheerscht. Zou de rechter tot nietigverklaring van het contract mogen overgaan, omdat de bedoeling van partijen niet duidelijk is, voordat er een bepaald bewijs geleverd is, dat er geen overeenstemming van wil heeft plaats gehad? Een dergelijk bloot vermoeden zou de rechter zeer zeker niet mogen aannemen. En zou het nakomen van een eenmaal wettig op zich genomen verplichting aan het willekeurig oordeel van den rechter worden overgelaten? dit zou tegen alle goede trouw strijden. Bij verbintenissen, door Nederlanders onderling in Nederland aangegaan, moet

de rechter veronderstellen, dat er overeenstemming van wil geweest is, om zich ten opzichte van hunne verplichtingen in het algemeen te onderwerpen aan de bepalingen der Nederlandsche wet, tenzij men het bewijs levere, dat partijen iets anders gewild hebben, en dat er dus geen overeenstemming van wil heeft plaats gehad. Bij internationale rechtsconflicten is het niet anders. Zoo lang het bewijs niet is geleverd, dat er werkelijk verschil van wil aanwezig was, zal de rechter moeten veronderstellen, dat er een gemeenschappelijke wil geweest is, en zijn taak zal zich daartoe bepalen, om dezen wil naar omstandigheden nader uit te leggen, hoe lastig het ook moge zijn. De rechter zou zeer zeker niet aan partijen een wil mogen opdringen, dien zij niet hebben gehad, maar hij mag wel naar hare bedoeling vragen.

Tusschen het opleggen van eenen wil door vermoedens en het onderzoek naar den vermoedelijken wil der partijen bestaat een hemelsbreed verschil, zooals uit het volgende voorbeeld zal blijken. Gesteld, dat er een wettelijk vermoeden bestond, dat bij pachtcontracten partijen geacht worden bedongen te hebben de gebruiken van de streek, waar zij haar contract hebben gesloten; zoodra de wetgever dit rechtsgevolg vastgesteld heeft, is dit bindend voor den rechter. Maar wanneer de wetgever zoodanig rechtsgevolg niet heeft bepaald, medebrengende beperking van den rechter om naar den vermoedelijken wil der partijen te vragen,

dan is de rechter vrij om door vermoedens te bepalen, hoedanig die wil der partijen geweest is. Naar omstandigheden zal hij dan ook als hare waarschijnlijke bedoeling mogen aannemen, dat zij zich hebben willen onderwerpen aan de gebruiken der plaats, waar zij hare overeenkomst hebben gesloten, aan de gebruiken der plaats, waar het onroerend goed ligt enz. Niemand zal toch aan den rechter de bevoegdheid betwisten om een overeenkomst uit te leggen.

Die bevoegdheid van den rechter, naar de bedoeling van partijen te vragen, komt hem evenzeer toe bij internationale rechtsconflicten.

Er bestaat slechts een gradueel verschil tusschen beide wijzen van uitlegging. Bij gewone overeenkomsten in Nederland tusschen Nederlanders gesloten en waarvan de uitvoering in Nederland moet geschieden, is de bedoeling der partijen, welke verplichtingen zij in het algemeen op zich hebben willen nemen, duidelijk, n.l. die verplichtingen, welke de Nederlandsche wet medebracht, al hebben zij zich hierover niet uitgelaten; alleen zal omtrent bijzondere bedingen of verplichtingen hare bedoeling onduidelijk kunnen zijn.

Bij internationale rechtsconflicten omtrent verbintenissen kan deze laatste bedoeling der partijen, n.l. omtrent eenige bijzondere bedingen, ook onduidelijk zijn, maar daarenboven kan hare bedoeling, welke verplichtingen zij in het algemeen op zich hebben willen nemen, n.l. naar welke wet hare verbintenis

in het algemeen beoordeeld moet worden, evenzeer onduidelijk zijn.

Wij mogen dus vrij aannemen, dat de rechter wel degelijk de bevoegdheid heeft om bij internationale rechtsconflicten omtrent verbintenissen, een vermoedelijken wil van partijen aan te nemen en kunnen met ons onderzoek verder gaan.

Gelukkig dat de Nederlandsche wetgever niet, evenals bij andere onderwerpen betreffende internationale rechtsconflicten, door onduidelijke bepalingen de vrije ontwikkeling der wetenschap in deze heeft verhinderd.

De regelen, die onze wetgever art. 1378 tot 1387 B.W. geeft voor uitlegging van overeenkomsten, zijn niet toepasselijk op de vraag, welke wet de overeenkomst moet regelen, wanneer dit door partijen niet is aangewezen. Zij dienen slechts tot leiddraad voor den rechter, voor de overeenkomsten door de Nederl. wet beheerscht. De plaatsing daarvan bewijst reeds, dat het ook volstrekt niet in de bedoeling van den Nederl. wetgever gelegen heeft, om daardoor eenen regel voor intern. rechtsconflicten te geven. Indien hij daaromtrent bepalingen had willen geven, dan zouden wij die vinden onder de Alg. Bep., waar de wetgever blijkbaar de traditioneele statuten-leer volgt, maar omtrent de statuta mixta, (behoudens den vorm der handelingen), zwijgt.

De traditioneele leer, waarnaar sommigen (Opzoomer enz.) ons verwijzen, bij gebreke van wetsbepalingen,

leert ons weinig. Men vindt er de meest verschillende oplossingen; wij komen er op terug.

Te vergeefs zou men ook bij de tegenwoordige schrijvers naar een eenstemmige oplossing zoeken, ook bij dezen heerscht de grootste verscheidenheid van meening.

Wächter [1]. (zonder melding te maken van Engelsche, Amerikaansche, Fransche, Nederlandsche en Italiaansche schrijvers) noemt tien verschillende systemen op, alleen van Duitsche schrijvers, en men zou zich vergissen, indien men zou meenen, dat die Duitsche schrijvers, die een zelfde opinie verkondigen, in alle bijzonderheden met elkander overeenstemmen. Wächter beweert zelfs, dat er sommigen zijn, die het met zich zelven niet eens zijn! Is het te verwonderen, dat sommigen met Grotius hun toevlucht nemen tot het natuurrecht? Zeer geestig merkt von Savigny, de voorstander der Historische School op, dat het alleen maar jammer is, dat die schrijvers geen handboek over het natuurrecht hebben opgegeven, dat hier als leiddraad zou kunnen dienen. Het is ook onmogelijk om *a priori*, te zeggen welke de bedoeling der partijen geweest is; dit hangt af van het speciaal geval en moet door den rechter in elk voorkomend geval worden uitgemaakt.

Bouhier merkt te recht op: „c'est cette volonté „qui est la vieille règle qu'il faut suivre en matière de

---

1) Bij Laurent N° 223.

„convention; la seule difficulté, et elle est grande, „consiste à la connaître.”

Het eenige ware beginsel o. i. werd reeds door Boullenois geleerd: „Dans les choses qui sont toutes „de volonté, et où la volonté peut pencher pour un „parti ou pour un autre, le lieu du contrat est une „des présomptions que le juge doit prendre en con„sidération.”

Dit geldt niet alleen voor (de wet van) de plaats, waar de verbintenis is aangegaan, maar ook voor (de wetten van andere) plaatsen, die evenzeer in overweging moeten genomen worden. Wij zullen er eenige van behandelen, en wel:

A. De wet van het land, waar de rechter zetelt, de *lex fori.*

B. De nationale wet van partijen, de wet van haar domicilie.

C. De wet van den schuldenaar, de *lex domicilii debitoris.*

D. De wet van het land, waar de overeenkomst is gesloten, de *lex loci contractus.*

E. De wet van het land, waar de verbintenis moet worden uitgevoerd, de *lex loci executionis.*

F. De wet van het land waar de zaak ligt, de *lex rei sitae.*

A. *De wet van het land, waar de rechter zetelt Lex Fori.*

Wij zouden deze wet op deze plaats niet behandelen, indien er niet vele schrijvers waren, die buitenlandsch recht slechts dan toegepast willen zien, wanneer de wetgever dit uitdrukkelijk voorschrijft. Alle wetsbepalingen, zonder onderscheid, meenen zij, gelden alleen binnen het territoir waarvoor die zijn uitgevaardigd en hebben in het andere land, waar het proces gevoerd wordt, geen invloed; voor hen geldt het oude adagium „statuta suo clauduntur territorio" nog in zijn volle kracht. Van de souvereiniteit van iederen staat uitgaande meent men dat op een grondgebied slechts één recht mag gelden, *Ibi forum, ergo et jus.*

Dat de rechter sommige *prohibitieve* of *imperatieve* wetten van zijn land moet toepassen, spreekt van zelf en wij zullen later hierop terug komen. Doch de bewering dat de rechter zonder onderscheid alle bepalingen zijner wet moet toepassen, gaat onzes inziens en naar de meening der meeste schrijvers over internationaal privaatrecht, te ver; men behoort hierbij twee rechtsvragen, die volstrekt niet gelijk zijn, van elkander goed te onderscheiden. In den regel wordt bij de vraag of de rechter al dan niet zijne wet (de lex fori) moet toepassen, de andere vraag behandeld, of vreemd recht als zoodanig binnen het land van den rechter mag gelden.

Reeds vroeger is opgemerkt dat wij bij de rechtsconflicten waartoe verbintenissen uit overeenkomst

aanleiding kunnen geven, niet zoo zeer te doen hebben met een wet, als wel met den wil der partijen.

Deze wil strekt tot wet. Bij verbintenissen is het niet uit kracht eener vreemde wet dat deze door haar beheerscht worden, maar alleen omdat partijen gepresumeerd worden die vreemde wet gewild te hebben, en zoolang in een land niet de bepaling bestaat dat partijen *niet* bevoegd zijn om haar verbintenis, zoover hare particulieren belangen betreft, naar goedvinden te regelen, derhalve ook te regelen naar de bepalingen der wet die zij daarvoor hebben aangewezen, is de rechter verplicht om haar wil als wet te erkennen en deze ook toe te passen.

Het geldt hier derhalve niet de kracht die aan een vreemde wet als zoodanig toekomt, maar het kan ook nuttig zijn de andere vraag te beantwoorden, in hoeverre buitenlandsch recht in het algemeen als zoodanig in ons land erkend moet worden.

Reeds elders is hierover breedvoerig gehandeld en wij zullen slechts ter loops nog een en ander aanstippen.

Reeds vroeg zag men in, dat indien de rechter de geldigheid van alle rechtshandelingen en rechtsbetrekkingen slechts naar zijn wet moest beoordeelen, dit tot de grootste onbillijkheid aanleiding gaf. Op deze wijze zou men bijv. een huwelijk, eene overeenkomst in het buitenland gesloten en die niet in alle opzichten met de bepalingen onzer wet overeenkomt, of niet ten overstaan van onze ambtenaren heeft plaats gehad,

als ongeldig moeten beschouwen. Andere landen zouden hetzelfde doen voor de in ons land tot stand gekomen rechtshandelingen, en alle verkeer tusschen de burgers van verschillende landen zou onmogelijk worden. Een en ander maakte het dan ook noodzakelijk om vreemd recht binnen eigen grenzen te erkennen.

Doch men ging van de stelling uit vreemd recht slechts uit *welwillendheid* toe te laten, men verwachtte daardoor ook van andere landen een wederkeerige erkenning van rechten en gelijke beoordeeling van rechtsconflicten.

Men zag in, dat het toelaten van vreemd recht slechts een voordeel is voor de eigen ingezetenen. Hieruit vloeide onmiddellijk voort, dat deze erkenning van rechten, onder heerschappij eener vreemde wet verworven, binnen enge grenzen besloten was; namelijk, zoodra het belang van den Staat of van de eigen ingezetenen dit medebracht, behoefde men die welwillendheid niet meer te betoonen, en werd aan de vreemde wet alle invloed ontnomen, en deze derhalve niet toegepast. De grond, waarop deze *leer der comitas* steunt, is reeds genoegzaam gecritiseerd. Wij hebben er niet nader op terug te komen, om aan te toonen, hoe deze leer geenszins uit een beginsel van recht en billijkheid voortspruit, maar haren oorsprong ontleent aan een koud en zelfzuchtig eigenbelang, waaraan men een zachtere tint gegeven heeft, als ware dit een uitvloeisel van gemoedelijke toegevendheid.

Ook wordt door den hoogleeraar *T. M. C. Asser* in zijn keurig bewerkte *Schets v. het Int. priv.r.* § 5 opgemerkt, dat de rechter niet bevoegd is, alleen uit welwillendheid vreemd recht toe te passen. Is hij eenmaal bevoegd dit te doen, dan is hij ook daartoe verplicht.

Daarenboven, wanneer men dit als grond voor toepassing van buitenlandsch recht aanneemt, is daarvan slechts de grootste willekeur te verwachten. Wij zullen hier slechts een voorbeeld aanhalen van een consequente toepassing van de *leer der comitas*, toegepast omtrent den staat en bevoegdheid van personen.

Een arrest van het Hof van Louisiana [1]) redeneerde als volgt: Het Hof erkent, dat de wetten, die de minderjarigheid of meerderjarigheid bepalen, personeele statuten zijn en den persoon volgen en beheerschen, waar hij zich ook bevindt. Doch dit *statutum personale* wordt slechts uit welwillendheid erkend, voor zoo ver het in harmonie is met de belangen der ingezetenen, en men moet het verwerpen, wanneer het daarmede in strijd is. Mr Burge o. a. drukt zich aldus uit: „If the country „in which the contract was litigated, was also that in „which it had been entered into; and if *the party en-„frocing it were subject of that country*, it would be unjust „as well as unreasonable to invoke the law of a foreign „State for the benefit of the foreigner, and to deprive its „own subject of the benefit of the law of his own country."

1) Story § 103. § 73.

Logisch volgt hieruit hetgeen het arrest van het Hoog Gerechtshof van Louisiana aannam. Wanneer onze wetten, zegt het Hof, de meerderjarigheid op 25 jaren bepalen, dan zou een vreemdeling, die volgens zijn statutum personale reeds op zijn 21e jaar meerderjarig was, zich bij ons geldig kunnen verbinden, maar omgekeerd, wanneer onze wet meerderjarig verklaart degenen, die hun 21e jaar bereikt hebben, en wanneer een vreemdeling, die volgens zijn statutum minderjarig is tot op zijn 25e jaar, een verbintenis aangaat op den leeftijd van 24 jaar, zal men dan toelaten, dat hij zijn onbekwaamheid zal mogen inroepen tegen ingezetenen van Louisiana, met wie hij heeft gehandeld? Zeer zeker zal men dit niet toelaten. De oorspronkelijk door het Hof aangenomen regel wordt derhalve omvergeworpen en het stat. pers. van den vreemdeling slechts dienstbaar gemaakt aan het belang van den ingezetene. Bij zulk een willekeurige opvatting verklaart zelfs Story [1]: „Such a course of decision may certainly be adopted „by a gouvernement if it shall so chose. But then it „would seem to stand upon mere arbitrary legislation „and positive law and not upon principle." Toch is dit een consequente toepassing zijner leer en die van Huber enz. nl. de leer der comitas. Laurent vereenigt zich met Phillimore om dergelijke leer te qualificeeren als „monstrueuse". Savigny erkent ook dat „die weiteste

1) Story § 75.

„Ausdehnung (dezer leer) könnte bis zur völligen „Rechtlosigkeit der Fremdem führen."

Verscheidene andere theoriën heeft men trachten te ontwikkelen, om aan deze erkenning van buitenlandsch recht een anderen grondslag te geven. Hier is de plaats niet om ze breedvoerig te behandelen. Alleen zullen wij bij een rechtsgeleerde stilstaan, die zooveel heeft bijgedragen tot een gezonde opvatting der beginselen, die kunnen leiden tot oplossing van internationale rechts-conflicten.

Savigny in zijn voortreffelijk werk *„System des Heutigen Rom. Rechts" B VIII*, wees er reeds op, hoe, in tegenstelling met de vroeger bij de Romeinen bestaande strenge afscheiding tusschen den Rom. civis en den vreemdeling, het hedendaagsche recht door een vooruitgaande rechtsontwikkeling geleid heeft tot een rechtsgelijkheid tusschen ingezetenen en vreemdelingen. Naar aanleiding van het heerschende rechtsbewustzijn komt hij tot het besluit, dat de hedendaagsche wetgevingen niet medebrengen een zelfzuchtig behoud harer uitsluitende autoriteit, maar er integendeel een strekking bestaat ter erkenning van een gemeenschappelijken rechtsband tusschen alle volkeren. Wächter en Savigny zijn het best er in geslaagd, om hun theorie in overeenstemming te brengen met de bestaande wetgevingen en met den intiemen aard van elke rechtsbetrekking. Beide theoriën loopen parallel; volgens Wächter moet elk rechter zich aan de wetsbepa-

lingen van zijnen wetgever houden. Indien de wetgever omtrent sommige rechtsconflicten zich niet heeft uitgelaten, dan is het de taak van dien rechter om de bedoeling van den wetgever op te sporen, en daarna zijn oordeel uit te spreken. Welke is de bedoeling van den wetgever, welke regelen zou hij voor het betwiste vraagpunt hebben vastgesteld? Savigny geeft als het ware het antwoord hierop. Men moet elke rechtsbetrekking beoordeelen naar de wet, waaraan zij volgens haren aard onderworpen is, „dasz bei jedem Rechtsver-„hältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde „welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthüm-„lichen Natur nach angehört oder unterworfen ist.”

Deze beginselen zullen wij thans toetsen aan het obligatierecht.

Het is niet de bedoeling van den wetgever, om zijne aanvullende wetsbepalingen toe te passen op internationale rechtsconflicten omtrent verbintenissen. Bij die bepalingen heeft de wetgever alleen voor oogen gehad die gevallen van inlandsche rechtsverhoudingen, die gewoonlijk aan de beslissing zijner rechters worden onderworpen. Zij schenen den wetgever het nuttigst toe voor de in zijn land en door zijne burgers gesloten overeenkomsten, en zijn slechts van lokalen aard. Door die toe te passen op andere rechtsbetrekkingen zou de handel en het verkeer groot bezwaar ondervinden. In plaats van nuttig werkzaam te zijn, zou de bepaling van den wetgever schadelijke werking uitoefenen.

Die bepalingen van aanvullend recht zijn alleen geschreven voor hen, die ze gewild hebben; ze op te dringen aan personen, die ze niet gewild hebben, was de bedoeling van den wetgever niet. Hij erkent het beginsel, dat partijen vrij zijn om hare verbintenis naar goedvinden te regelen, (B. Wetb. 1374). De rechter die zijne nationale wet, voor zoover het niet prohibitieve bepalingen betreft, zou willen toepassen, streeft de bedoeling van den wetgever voorbij en schendt dat beginsel.

De wetgever werd bij het vaststellen zijner beginselen geleid door het bewustzijn van hetgeen recht en billijk is. In geen geval heeft hij onbillijk willen zijn, wat toch het geval zou zijn, indien de rechter zijn nationale wet steeds moest toepassen Daardoor legt hij vaak verplichtingen op, die iemand nooit op zich heeft willen nemen. De onbillijkheid springt nog meer in het oog, wanneer men nagaat, dat het dikwijls den schuldeischer vrij staat, den schuldenaar in het eene of het andere land aan te spreken, dat het derhalve van de willekeur van den schuldeischer zou afhangen om den schuldenaar zwaardere verplichtingen op te leggen, zoodra de nationale wet van den rechter zoodanig zwaardere verplichtingen medebrengt. Zeer zeker is het de bedoeling van den wetgever niet geweest, den rechter de bevoegdheid toe te kennen, nieuwe rechten te scheppen of bestaande rechten te wijzigen, eene bevoegdheid, die alleen den wetgever toekomt. Dit gebeurt telkens wan-

neer door toepassing der lex fori aan partijen een recht toegekend wordt dat haar oorspronkelijk niet toekwam. Zoo bepaalt art. 280 Algem. Duitsch Hand. Wetboek dat wanneer twee personen jegens een ander in eene handeling, die aan hunnen kant eene daad van koophandel is, gemeenschappelijk eene verplichting hebben aangegaan, zij dan als schuldenaren voor het geheel moeten beschouwd worden. Wanneer nu twee Nederlanders met een landgenoot in Nederland een zoodanige verplichting hebben aangegaan, dan zou in geval de schuldeischer een van beide schuldenaren als vreemdeling voor den Duitschen rechter dagvaardde, en in geval die rechter zijne Duitsche wet (*lex fori*) toepaste, de schuldenaar veroordeeld kunnen worden *voor het geheel*, ofschoon de Nederlandsche wet waaraan zij zich hebben willen onderwerpen, zoodanige hoofdelijk aansprakelijkheid zonder uitdrukkelijk beding niet kent (art. 1318 B. W. j°. art. 1 1°. W. v. K.) Den schuldenaar zou daardoor dus een zwaardere verplichting worden opgelegd, die hij niet op zich heeft willen nemen, den schuldeischer een recht worden toegekend, dat hij nooit gehad heeft.

Omgekeerd, wanneer het Duitschers gold voor den Nederlandschen rechter, zou aan den schuldeischer een recht worden ontnomen; zonder dat beding van solidariteit had hij misschien nooit die overeenkomst gesloten.

Overigens verbiedt de wetgever nergens de toepassing

van buitenlandsch recht, noch gebiedt hij de toepassing van de aanvullende wetsbepalingen zijner wet.

In de meeste wetgevingen ontbreken bepalingen omtrent deze soort van rechtsconflicten; evenals bij andere onvolledige of onduidelijke bepalingen, moet de rechter, die verplicht is recht te spreken, de bedoeling van den wetgever opsporen. Verschillende hulpmiddelen staan den rechter ten dienste. Hij zal den beslissenden rechtsregel trachten te vinden door gevolgtrekking uit andere wetsbepalingen van het bestaande recht, maar vooral moeten vragen naar den vermoedelijken *wil der partijen*, welke laatste het wezen, den intiemen aard der contractueele verbintenis uitmaakt, en eindelijk nagaan de algemeene bij alle volkeren erkende beginselen, het gewoonterecht, de rechtspraak der gerechtshoven, de opinies van de meest gezaghebbende schrijvers over internationaal privaatrecht.

Wij hebben bij dit punt misschien langer dan noodig stilgestaan, doch achtten dit nuttig, omdat het aantal dergenen, die willen, dat steeds de lex fori worde toegepast, niet gering is; wij aarzelen niet een dergelijke leer hoogst onrechtvaardig te noemen.

Uit het bovenstaande mogen wij dus besluiten, dat de rechter niet verplicht is de lex fori als zoodanig toe te passen, behoudens de imperatieve of prohibitieve bepalingen, waarover wij later zullen handelen; hij heeft alleen rekening te houden met den wil der partijen.

De bewering, dat partijen waarschijnlijk de bedoeling gehad hebben, zich te onderwerpen aan de wetten van het land, waar bij eventueel geschil hun proces zal gevoerd worden, komt ons vrij onjuist voor. Partijen kunnen immers nooit a priori weten, waar hun proces zal gevoerd worden. Dit hangt van allerlei omstandigheden af: van de veranderlijke woonplaats der partijen, van de woonplaats harer erfgenamen, van de plaats, waar de zaak zich bevindt, veelal zelfs van de keuze van den eischer.

Partijen kunnen dus moeielijk geacht worden zich aan de bepalingen eener wet onderworpen te hebben, welker inhoud zij op het oogenblik der overeenkomst niet met zekerheid konden kennen; nog onwaarschijnlijker is het, dat zij de keuze daarvan aan den eischer hebben willen laten.

Wel kan men naar de bedoeling van partijen een forum contractus aanwijzen, maar dit doet geenszins de bedoeling van partijen kennen omtrent de wet, die hare verbintenis zal beheerschen. Bij de behandeling der lex loci contractus komen wij hierop terug.

B. *De wet v an het domicilie, de nationale wet van partijen.*

Bij de beantwoording der vraag, door welke wet partijen hare overeenkomst geinterpreteerd en geregeld hebben willen zien, wanneer zij niet uitdrukkelijk haar wil daaromtrent hebben gemanifesteerd, aan welke wet zij hebben gedacht, — moet men aannemen, dat dit was aan de wet, die zij het best kenden: haar nationale wet. Deze weerspiegelt als het ware de zeden en gewoonten der burgers, die onder de heerschappij dier wet zijn opgevoed en zich in den regel hebben verbonden volgens de wet in hun land van kracht. Die wet bevat bepalingen, die partijen kennen zonder ze geleerd te hebben, omdat men er dagelijksch de toepassing van ziet. Ook indien zij toevallig in den vreemde eene verbintenis aangaan, dan is het waarschijnlijk, dat zij zich eerder aan deze wet, dan aan elke andere hebben willen onderwerpen. Bijna alle schrijvers, zoo wel van den tegenwoordigen tijd als van vroeger, zijn het ook eens, dat bij verbintenissen tusschen ingezetenen van een zelfde land, die in het buitenland contracteeren, hunne nationale wet de verbintenis beheerscht. [1]) Hiervan zijn o. a. uitgezonderd:

---

1) Vergel. T. Asser, Schets v. het Int privr. § 3 pag. 54. — Hertius. De collisione legum N° 10. — Voet. De Stat. N° 15, enz. — Fiore, Il Dir int priv. § 239. — Massé. Droit comm. N° 571. — Foelix. Traité. N° 83, 96, 101. - Pag. 242, 227. — Lomonaco. Dir. civ. intern. Pag„ 157. — v. Bar. § 66 Pag. 232, 33. — Laurent. Le Droit Civil internat. § 229. Pag. 414. Gehuldigd als beginsel in het Ital. Wetb. Art. 9. Disp. prel. — Pruisisch Wetb. § 35. - Algem. Bepal. — Oostenrijksch Wetb. § 4. — Duitsche Wisselwet. Art. 85.

Savigny, die slechts dan de nationale wet als de toepasselijke erkent, wanneer deze dezelfde is, als de wet van het land, waar de verbindtenis wordt uitgevoerd; en de Engelsche en Amerikaansche schrijvers, die de wet van het land, waar de overeenkomst gesloten is, *lex loci contractus*, bijna uitsluitend willen toepassen. Story o. a. beschouwt het toepasselijk verklaren van deze nationale wet van partijen als een spitsvondigheid. „In the common law of England and America," — zegt hij [1]) — these niceties are discarded."

Deze meening wordt derhalve vrij algemeen aangenomen. Het heeft ons toch verwonderd hoe de nationale wet der partijen een betrekkelijk geringe rol speelt bij de beoordeeling van en bij het onderzoek naar de toepasselijke wet. Zeer vele schrijvers immers nemen aan, dat in het algemeen de verbintenis beheerscht wordt door de wet van het land, waar die is aangegaan en dat slechts bij uitzondering, wanneer partijen personen zijn van dezelfde nationaliteit hare nationale wet moet worden toegepast.

Doch indien men vraagt naar de veronderstelde bedoeling der partijen, dan ligt het immers voor de hand, dat men eerder datgene gewild heeft, wat men kent, dan datgene, wat men niet kende; men presumeert, dat burgers van een land hunne wet kennen en deze presumptie is ook vrij wat waarschijnlijker dan die

---

1) Confl. of Laws § 279.

andere, dat men geacht wordt de wet te kennen van het land, waar men zich bevindt.

Alvorens verder te gaan, meenen wij een blik terug te moeten werpen op de door ons gebezigde uitdrukking: de *nationale wet van partijen;* zij vereischt eenige opheldering. Wij hebben de wet van de woonplaats en de wet van het land, tot hetwelk iemand behoort (Nationale wet) — als volkomen dezelfde aangenomen: — zou het niet beter zijn om te spreken van de *wet van het domicilie* der partijen?

In den regel valt de nationale wet samen met de wet van het domicilie; zoo lang iemand nu niet uitdrukkelijk zijne woonplaats verandert, zal er een wettelijk vermoeden bestaan, dat hij met zijn woonplaats ook zijne nationaliteit behouden heeft. Doch het kan gebeuren, dat iemand van bepaalde nationaliteit door zijne vestiging in een ander land, geheel en al is opgegaan in de gewoonten, zeden en gebruiken van het land, waar hij zich gevestigd heeft: de banden met zijn vaderland heeft hij verbroken, de instellingen van dat land heeft hij vergeten, sinds geruimen tijd kent hij niets anders dan de wet van het land, waar hij zijn domicilie heeft, — zou het dan nog waarschijnlijk zijn, dat hij zich heeft willen verbinden volgens zijne nationale wet door hem reeds lang vergeten? Of zou hij niet veel eerder de wet hebben gewild van zijn domicilie, volgens welke hij zich in den laatsten tijd steeds heeft verbonden, wier toepassing

hij dagelijks gadeslaat en die hij thans ook het beste kent? In dergelijke gevallen treedt de nationale wet op den achtergrond, de wet van het domicilie van den contractant wordt dan eerder de toepasselijke. Doch wij durven ook niet alleen de wet van het domicilie toepasselijk verklaren, omdat ook een tijdelijk verblijf als domicilie kan gelden. De burger, die een domicilie in den vreemde heeft en toch niet met zijn vaderland gebroken heeft, blijft de zeden en gewoonten aankleven van de natie, waarvan hij lid is. Het feit, dat men zijn domicilie *tijdelijk* elders heeft, brengt nog geenszins mede de bedoeling, om zich aan deze nieuwe wet te onderwerpen. Het is een quaestio facti, die de rechter in elk speciaal geval moet uitmaken. Rekening houdende met de bijzondere omstandigheden, zal hij nu eens op de nationale wet, dan weer op de wet van het domicilie moeten letten. Indien wij evenwel een keuze moesten doen, dan zouden wij ons verklaren voor de toepassing van de wet van het domicilie, die daarom reeds aanbeveling verdient, omdat men haar met meer zekerheid kan bepalen, wat niet altijd het geval bij de nationale wet is; en wel de wet van het domicilie, dat men had tijdens het aangaan der verbintenis. Verandering van domicilie heeft geen invloed op deze rechtsbetrekking.

Ten opzichte van dit laatste beginsel oordeelde het Hof van Noord-Holland bij arrest van 7 Febr. 1850 [1])

---

1) W. v. h. R. no. 1154,2.

dat, wanneer een overeenkomst tusschen Franschen in Frankrijk gesloten is, de omstandigheid, dat een der partijen zich sinds dien tijd in Nederland gevestigd heeft, de toepassing der Fransche wet niet uitsloot.

In de verschillende gevallen die zich kunnen voordoen zal derhalve deze nationale wet steeds de wet zijn, die de verbintenis van twee ingezetenen van hetzelfde land, beheerscht, wáár die verbintenis ook moge zijn aangegaan en wáár ook ten uitvoer gelegd.

Hetzelfde zou ook moeten gelden voor verbintenissen van die personen, die in vreemde landen als Turkije, Japan, Siam enz. onder het protectoraat van een ander land staan. Hun nationale wet is de nationale wet van de vlag onder wier bescherming zij staan.

Voorloopig zij evenwel opgemerkt, dat, wanneer de verbintenis niet in het vaderland van partijen ten uitvoer wordt gelegd, maar in een ander land, dat dan de wijze van uitvoering beoordeeld moet worden naar de wet van dit laatste.

Het beginsel omtrent de toepassing der nationale wet van partijen verdient ook daarom aanbeveling, omdat daardoor het gevaar wordt voorkomen, dat twee personen van dezelfde nationaliteit, door zich in het buitenland te begeven of door schijnbaar te bedingen, dat hun verbintenis buitenslands moet worden uitgevoerd, de bepaling hunner nationale wet zouden ontduiken. Bij vonnis der Rechtbank van Amsterdam 6 Maart

1849 [1]) werd het volgende beslist: *Twee Nederlanders* waren te Dusseldorf overeengekomen om ieder een arbiter te benoemen. Volgens de bestaande wet in Dusseldorf was dit compromis geldig, maar de Nederlandsche wet art. 623 Burgerlijk Wetboek eischt op straffe van nietigheid een ongelijk aantal arbiters. De rechter paste de Nederlandsche wet toe en sprak de nietigheid uit van het compromis.

Maar hoe sterk dit vermoeden voor de Nationale wet ook moge zijn, niet altijd zal men deze kunnen toepassen. Wanneer partijen niet dezelfde nationaliteit of niet hetzelfde domicilie hebben, dan zou men moeten toepassen: *of* de Nationale wet van beide partijen, *of* de voorkeur geven aan de wet van een der partijen, *of* een andere wet (de zoogenaamde *lex loci contractus*). Wij zullen elk dezer drie punten behandelen.

De wet van beide partijen toepasselijk te verklaren, is ten eenemale onmogelijk. Wächter en anderen komen evenwel tot de conclusie, dat men de overeenkomst moet splitsen en dat men de verplichtingen der partijen naar hare respectieve wet moet beoordeelen.

Wij moeten een dergelijke splitsing, die juridisch onmogelijk is, geheel en al verwerpen, en aannemen, dat eenzelfde wet alle rechten en verplichtingen moet beheerschen. Wij verwijzen naar hetgeen wij hierover zullen zeggen bij de behandeling der volgende wet.

1) Wetb. v. h. R. 1031, 4.

C. *De wet van de woonplaats van den schuldenaar: Lex domicilii debitoris.*

Von Bar in zijn Internat. priv. und strafrecht III § 66 enz. meent, dat men in het algemeen moet toepassen de wet van de woonplaats van den schuldenaar. Men moet presumeeren, zegt von Bar, dat ieder zich volgens zijne wet heeft willen verbinden; zoodra men aanneemt, dat partijen zich aan een andere wet (zooals bijv. aan de lex loci) hebben willen onderwerpen, dan heeft men niet meer te doen met hunne *werkelijken* wil maar met een *gefingeerden*. Ook na de meening te hebben bestreden van schrijvers, die een andere wet willen toepassen, blijft er volgens hem niet anders over dan een keuze te doen tusschen de wet van den schuldeischer of die van den schuldenaar: hij geeft de voorkeur aan de laatste. Evenals Savigny de wet van het land waar de verbintenis moet worden uitgevoerd wil toepassen, op grond dat de uitvoering het wezen der verbintenis uitmaakt, zoo komt von Bar, met het oog op het innig verband dat er bestaat tusschen de verbindtenis en den persoon van den schuldenaar, tot de conclusie dat men eerder nog de *lex domicilii debitoris* zal moeten toepassen. [1]) „und obschon an der Entstehung der Obligation „der Wille beider Theile einen gleich grossen Theil „haben kann, besteht doch die Erfüllung vorzugsweise in „einer Thätigkeit des Schuldners, neben welcher eine

1) § 66, Pag. 234.

„Thätigkeit des Gläubigers entweder gar nicht oder doch „nur in untergeordneter Weise eintritt.” In de meeste gevallen, zegt hij verder, zal de rechtsvordering, met het oog op de mogelijkheid om het vonnis ten uitvoer te kunnen leggen, ingesteld worden aan het domicilie van den schuldenaar, en de rechter van dat land zal deze wet moeten toepassen, voor zoover het bepalingen van dwingend recht zijn, meestal in het belang van den schuldenaar vastgesteld. Wij vinden deze theorie te streng en te eenzijdig. Indien de schuldenaar een belangrijke rol speelt bij de verbintenis, niettemin heeft de schuldeischer evenzeer recht en belang in het bepalen zijner rechten. Daarom moet men ook bij de bepaling der wet die hun beider verb. beheerscht, evenzeer een aandeel aan hem worden toegekend als aan den schuldenaar.

De onmiddelijke consequentie van het door von Bar aangenomen beginsel, leidt ook tot splitsing van de overeenkomst. Bij billaserale contracten immers zijn beide partijen schuldenaar. Wanneer nu beide een verschillend domicilie hebben, blijft er volgens hem [1]) niets anders over dan hunne verplichtingen te beoordeelen naar hare respective wetten. Beider wet beheerscht het contract. Hierboven reeds zijn wij tegen een dergelijke splitsing opgekomen. Men beroept zich

1) Von Bar § 66, pag. 236. vgl. Savigny System III § 369 pag. 202.

op de rom. stipulatie bij bilaterale contracten waarbij beide schuldenaren afzonderlijk beloofden aan hunne verplichtingen te zullen voldoen, zoo dat men een bilateraal contract in twee eenzijdige kan splitsen. Het toepassen van een dergelijke voorstelling op internat. rechtsconflicten omtrent overeenkomsten is o. i. geheel en al onjuist. Het moge waar zijn dat een wederkeerige verbintenis haar ontstaan ontleent aan twee eenzijdige verbintenissen, doordat vroeger bijv. bij koopcontract, de bepaling van prijs, waar enz. door eenzijdige beloften geschiede, in alle geval hetgeen beloofd was beantwoorde aan hetgeen bedongen was. Hier staan twee personen van verschillende nationaliteit tegenover elkander; ieder wordt verondersteld zich te hebben willen onderwerpen aan zijne nationale wet. De rechten en verplichtingen die de wet van elk hunner medebrengt vormen *een geheel.* Het recht aan de eene kant door de wet toegekend beantwoordt aan de verplichting door dezelfde wet opgelegd. Terwijl nu de eene partij vooronderseld wordt rechten te bedingen volgens hare nationale wet, wordt daarentegen de andere vooronderseld te beloven verplichtingen te zullen nakomen die hare wet haar oplegt en die misschien volstrekt niet beantwoorden aan hetgeen bedongen is. Het recht aan de eene kant moet overeenstemmen met de verplichting aan de andere kant. Bij eene veronderstelling zoo als de voorstanders der bovengenoemde leer, zich die vormen vervalt de over-

zijner wet. Derhalve zal voor het contract van schenking, behoudens andere aanwijzingen, de wet van den schenker de toepasselijke wet zijn. Dit beginsel is te meer waar omdat hier de wetsbepalingen omtrent bekwaamheid om bij wijze van schenking te beschikken, (men denke aan schenkingen tusschen echtgenooten enz) en omtrent de goederen en de hoeveelheid goederen die eene schenking mag bevatten, meestal van prohibitieven aard zijn, die een rechter, al zijn zij van een vreemden wetgever afkomstig, toch zal moeten toepassen en door toepassing van deze wet van den schenker verhindert men alle frauduleuse schenkingen in het buitenland gedaan. Hier hebben wij dus een geval waarin de wet van het domicilie van den hoofdschuldenaar de verbintenis uit overeenkomst beheerscht.

Dezelfde oplossing moet men ook geven bij andere contracten als van bewaargeving, bruikleen, verbruikleen, lastgeving, borgtocht enz. waarbij alleen een hoofdverplichting bestaat, n. l. die van den bewaarnemer, van den leener, van den lasthebber, van den borg enz. Veelal zal aan hunne woonplaats de overeenkomst worden gesloten, de volkomen manifestatie van den wil geschiedt bijv. bij bewaargeving ook eerst na overgave der zaak aan den bewaarnemer. De hierboven voor de schenking genoemde gronden, zijn evenzeer hierop toepasselijk. Daarom behoort ook deze soort van overeenkomsten beheerscht te worden door de wet van den hoofdschuldenaar.

Een ander contract dat ook door de wet van een van beide partijen behoort te worden beheerscht is het huwelijkscontract, dat bij gemis aan uitdrukkelijke wilsverklaring, beoordeeld wordt naar de wet van haar gemeenschappelijke woonplaats op het oogenblik van het huwelijk, of wat op hetzelfde neerkomt, naar de wet van de woonplaats van den man. Wij kunnen evenwel dit contract niet in het bijzonder behandelen, het zou ons te ver voeren.

D. *De wet van het land waar de overeenkomst tot stand komt. — Lex loci contractus.*

De meening dat de wet van het land waar de verbintenis is aangegaan, de wet is waaraan partijen zich bij niet uitdrukkelijke wilsverklaring vermoedelijk hebben willen onderwerpen, telt zeer vele voorstanders. Wij durven evenwel betwijfelen of aan deze wet zulk een overwegenden invloed moet worden toegekend. Het hoofdprincipe in deze materie is immers de vraag: wat hebben partijen bedoeld?

Op den wil der partijen komt alles neer en aangezien deze telkens veranderlijk is, is daarvoor een algemeene regel niet te geven. Indien twee personen in Nederland overeenkomen een vennootschap aan te gaan en Duitschland als land van vestiging der vennootschap aanwijzen, om daar hun bedrijf uit te oefenen, dan gaat het niet aan te presumeeren, dat zij zich ten opzichte dier overeenkomst aan de bepa-

lingen der Nederlandsche wet hebben willen onderwerpen. De presumtie dat zij zich eerder aan de Duitsche hebben onderworpen, komt ons juister voor. De toevallige omstandigheid dat zij juist in Nederland hunne verbintenis hebben aangegaan, rechtvaardigt nog niet de toepassing der Nederlandsche wet.

Vooral zijn het de oudere schrijvers en thans nog de Engelsche en Amerikaansche schrijvers die het beginsel van eene uitsluitende toepassing der *lex loci contractus*, zijn toegedaan, ofschoon zij dikwijls zooveel uitzonderingen op hun algemeenen regel toelaten, dat deze er bijna geheel onder verdwijnt.

Doch het is niet te verwonderen dat men daartoe kwam. In de middeleeuwen en de aan haren geest ontleende *common law*, trad de macht van den Souverein scherp op den voorgrond. Binnen zijn territoir was de wil van den souvereinen wetgever alles, men kende slechts territoriale wetten, van vreemd recht was geen sprake. De wet van een bepaald grondgebied had de heerschappij over alle personen en zaken die zich daarop bevonden, over alle handelingen binnen dat territoir verricht. Derhalve werden ook alle overeenkomsten beheerscht door den wil van den territorialen wetgever, d. i. door de wet van het land waar die waren aangegaan. Story haalt ter verdediging van zijnen algemeenen regel, de volgende woorden van Grotius aan, die door Story als een axioma worden aangenomen [1].)

1) Confl. of Law Chap VIII § 274.

„Quare etiamsi peregrinus cum cive paciscatur, tene„bitur illis legibus; quia quo in loco aliquo contra„hit tamquam subditus temporarius legibus loci sub„jicitur". De vreemdeling derhalve die zich op een bepaald territoir bevond, werd als een tijdelijk ingezetene beschouwd en hij werd geacht niets anders te willen dan een ander gewoon ingezetene geacht wordt te willen hebben, n.l. de bepalingen van den inlandschen wetgever. Volgens hedendaagsche begrippen wordt het recht van den vreemdeling om vrij over zijne *private* belangen te mogen oordeelen en die te regelen naar de bepalingen eener vreemde wet, niet meer beschouwd als een inbreuk op de territoriale souvereiniteit. Wanneer de wetgever voorschriften geeft ter aanvulling van den niet uitgedrukten wil zijner onderdanen legt hij die aan den vreemdeling, die zich op zijn grondgebied bevindt, evenmin op als aan zijne onderdanen, wanneer zij die niet gewild hebben; de bevoegdheid om iets anders te willen dan hij vermoed heeft kent hij toe, zoowel aan den vreemdeling als aan eigen onderdanen.

De rechter ook den vrijen wil van ieder mensch erkennende in het regelen zijner particuliere belangen, zal alleen dien wil moeten eerbiedigen zonder er op te letten of die bepalingen strooken met de wet van het land waar die verbintenis is aangegaan of met de wetsbepalingen van een ander land.

De lex loci contractus, is derhalve niet *eo ipso*

de toepasselijke wet, omdat handelingen in een land beheerscht worden door de wet van dat land, zij is dan alleen de toepasselijke wet, wanneer partijen ook vermoedelijk zich ook aan die wet hebben willen onderwerpen.

Toch, al zou men aannemen, dat die wet binnen een bepaald territoir alle daarin verrichte handelingen zonder onderscheid beheerscht, dan nog zou men voor de vraag staan, aan welke handeling moet men het meeste gewicht toeschrijven, aan de handeling waaraan de verbintenis haren oorsprong ontleend, namelijk aan de wederzijdsche verklaring van den overeenstemmenden wil, of aan de handeling, die zelve de grondslag der verbintenis uitmaakt, d. i. de praestatie, het ten uitvoer leggen der verbintenis (Savigny enz.) of aan beide.

Men zou tevens een andere oorzaak kunnen aanwijzen, waarom de wet van het land, waar de verbintenis is aangegaan, in die tijden als het ware de eenige regel werd, ter beslissing van alle internationale rechtsconflicten daaromtrent. De reden lag in de heerschende theorie dier tijden, n.l. de statuten-theorie in verband met een eigenaardige zienswijze, omtrent formaliteiten. Men kende drie soorten van statuten. Vooreerst de *statuta personalia*. Het waren die wetsbepalingen die den staat en de bevoegdheid van personen regelden. Deze soort van wetten hadden alleen kracht binnen het territoir, waarin zij gegeven waren,

maar deze moesten ook buiten de grenzen van dat territoir, door andere Staten erkend worden. Zij beheerschten en volgden den persoon overal, waar deze zich bevond. Daartegenover stonden *de statuta realia*, die betrekking hadden op goederen en later in het algemeen alle wetten van absoluut dwingenden aard. Deze bepalingen der wet werden beschouwd speciaal te zijn gegeven voor een bepaald land. Hunne werking mocht zich niet uitstrekken buiten de grenzen van den Staat waarvoor zij gegeven waren, en omgekeerd, behoefden andere Staten niet te dulden dat dergelijke bepalingen, afkomstig van een vreemden wetgever, binnen zijn grondgebied werden toegepast.

Daarbij kwam nog een derde categorie van amphibisch karacter de *Statuta mixta*. Het waren de wetten betreffende de handelingen van den mensch. Doch men was het volstrekt niet eens welke handelingen daaronder gerangschikt moesten worden, noch in hoever die handelingen mochten reiken. *„In his definiendis mirum est quam sudant doctores.”* Deze worden beheerscht door de lex loci volgens de bekende rechtsregel, *locus regit actum*. In de eerste plaats vielen onder die handelingen de formaliteiten; nog heden ten dage, wordt op goede gronden aangenomen, dat formaliteiten naar de *Lex loci* beoordeeld moeten worden. Verder in het algemeen ook de overeenkomsten.

Vele gezaghebbende auteuren als Boullenois, Mer-

lin, J. D. Meijer, Foelix enz. gingen nu van de volgende beschouwing uit. In alle handelingen kon men twee gedeelten onderscheiden, de *vorm* en het *wezen* (substance materia). Beiden werden genoemd formalités of solemnités, en wel *formalités externes*, die op de eigenlijke vorm betrekking hadden en *formalités internes* die het wezen der handelingen betroffen. Derhalve ook bij overeenkomsten, had men formalité externes en internes. Deze laatste *formalité internes* betreffende den inhoud, het wezen der overeenkomst, werden weder onderverdeeld in:

Form. habilitantes. die vereischt werden voor de bekwaamheid om verbintenissen aan te gaan, — bijv. men moest meerderjarig zijn enz.

Form. intrinsèques ou viscerales, dit is de vereischten om verbintenissen van waarde te doen zijn.

Men kende ook nog *Form extrinsèques ou probantes* rakende het bewijs.

Ja zelfs de verplichting tot vrijwaring in een koopcontract werd onder de *formalités* gerekend als zijnde een der substantialia van het contract.

Het noodlottig gevolg dezer zonderlinge beschouwing bleef niet uit en het rangschikken van alle elementen der verbintenis uit overeenkomst onder *formalités* of *solemnités* moest noodzakelijk tot verwarring leiden.

Tusschen den vorm toch eener overeenkomst en den inhoud dier overeenkomst is een hemelsbreed verschil.

Een vorm is de uiterlijke gedaante waaronder een feit (de wil) zich openbaart. Wanneer de wil zich op bijzondere wijze openbaart, b. v. door geschrift, dan heeft men met een vorm te doen, die geheel en al vreemd is aan den inhoud, aan het wezen van den wil. Maar de vrije toestemming, het onderwerp waarop de wil zich richt, de schuldoorzaak, behooren tot het wezen en inhoud zelf van den wil, maar blijven vreemd aan den vorm.

Nu kan er een vereischte worden gesteld zoo wel omtrent den vorm waarin zich de wil moet uiten als omtrent den inhoud van dien wil. Men rangschikte evenwel alle vereischten voor de bestaanbaarheid der overeenkomst, hetzij deze op den vorm of op den inhoud betrekking hebben, onder de *formalités intrinsèques*, en men kwam ook tot de conclusie dat deze *formaliteiten* even als alle andere moest worden beoordeeld volgens de wet van het land waar men die formaliteit in acht heeft genomen.

Dus in het algemeen werd de verbintenis ten opzichte van hare geldigheid beheerscht door de *lex loci contractus*. Men wilde alle rechtsconflicten door een van de drie statuten regels beslissen. De *lex loci actus* was de toepasselijke wet voor de statuta mixta. Hieronder vielen de verbintenissen. Derhalve werden deze beheerscht door de wet van de plaats waar deze handeling was verricht.

„Il fallait aux practicieus une règle plus simple et

„qui tranchât toutes les difficultés ils la trouvèrent „dans la loi du lieu ou les parties contractent." „Le „principe séduit par sa simplicité, la jurisprudence „l'a consacré [1])" Het bovengemelde was derhalve ook een reden waarom een zoo overwegende invloed aan deze Lex loci contractus werd toegekend.

Doch, hoe gemakkelijk deze regel ook moge zijn en hoe juist het ook moge zijn om sommige handelingen door de Lex loci te doen beheerschen, men vergat dat men hier te doen had met een bizondere handeling, de verbintenis uit overeenkomst, die afhankelijk is van de autonomie der partijen, en dat de Lex loci contractus slechts dan de toepasselijke is, als partijen die gewild hebben.

Ook op andere gronden werd deze leer verdedigd: wij zullen gemakshalve Foelix die deze meening is toegedaan en die het best de meening der oudere auteuren weergeeft, op den voet volgen in zijn verdediging van de toepasselijkheid der Lox loci contractus; wij zullen daarbij gelegenheid hebben een en ander op te merken. Zoo zegt Foelix in zijn Traité de Droit International [2]) „Le principe général en cette „matière est que les parties centractantes ont eu l'intention „de se conformer, dans leurs conventions, à la loi du „lièu ou celles-ci ont été consenties et sont devenues

1) Laurent Le Dr. civ. int II § 217.
2) § 72.

„parfaites, et, par suite, de les soumettre à cette loi; „si, dit Burgundus, les parties ne ce sont pas claire-„ment expliquées, il faut suivre les lois et usages du „lieu où le contrat a été passé, ce que les contrac-„tants ont omis est supplée par la loi, qui est le „régulateur de l'État, et dont la voix est entendue „par les nationaux comme par les étranger qui se „trouvent dans le pays, et qui ne peuvent s'excuser „de leur ignorance; se l'individu ne s'est pas claire-„ment exprimé dans le texte du contrat il est censé „s'en être rapporté à la loi."

Al moge het waar zijn dat ieder die zich op het grondgebied van een staat bevindt, geacht wordt de wetten te kennen in dat land van kracht, dan is dit slechts een veronderstelling, noodzakelijk in het belang der rechtszekerheid en der openbare orde, doch ook slechts een presumptie, die wanneer het maatschappelijk belang een zoodanige noodzakelijkheid niet medebrengt, wijken zal voor een waarschijnelijker veronderstelling. Daarenboven is die veronderstelde *kennis* der wetten slechts een fictie. — Alles komt aan op het al of niet *onderworpen zijn* aan die wetten.

Derhalve voor zoo ver het *prohibitieve wetten* (als (strafwetten enz) betreft, wordt ieder die zich op het grondgebied van den staat bevindt, geacht die te *kennen* en daarenboven is hij verplicht, zich daaraan *te onderwerpen.* — Doch wanneer het betreft wetten die slechts de private belangen van particulieren raken

dan is het den wetgever onverschillig of zij deze wetten kennen, ja dan neen. — Want men is er niet absoluut aan onderworpen. De wetgever kent aan deze aanvullende wetsbepalingen slechts een subsidiaire kracht toe, d. i. slechts voor zoover partijen die gewild hebben.

Twee Nederlanders die in Brussel aan elkander eene zaak die in Amsterdam is, en die daar geleverd en betaald moet worden, verkoopen, kunnen moeijelijk geacht worden zich aan de Belgische wet te onderwerpen omdat men verondersteld dat ook zij de stem van den *régulateur de l'Etat* gehoord hebben. Dergelijke veronderstelling strijdt tegen alle werkelijkheid en, zelfs wanneer men een zoodanige veronderstelde kennis aanneemt, moet men ook aannemen dat partijen gekend hebben de bepalingen van den Belgische wetgever, waarbij hij aan particulieren de vrijheid heeft gegeven om haar verbintenis naar goedvinden te regelen en zich derhalve te onderwerpen aan die wet die zij zelf wilden en het is in casu meer dan waarschijnlijk dat partijen zich aan geen andere dan aan de Nederlandsche wet hebben willen onderwerpen. — Dergelijke fictie is derhalve geenszins een grond om aan te nemen dat de *lex loci contractus* de algemeen toepasselijke wet is.

Foelix gaat verder: „Ce principe a été admis par les auteurs et par la jurisprudence des tribunaux des diverses nations, il peut être justifié des deux

manières: par l'intérêt commun des sujets des diverses nations, et par le système des présomptions."

Wij zullen nader zien dat de beweerde eenstemmigheid van auteuren en jurisprudentie niet zoo heel groot is.

Doch hoe kan het gemeenschappelijk belang der volken mede brengen dat het beginsel dat de *lex loci* het contract moet beheerschen? Foelix legt het nader uit, met beroep op andere schrijvers, "La "nécessité "des relations entre les nations," disent "M. H., Kent et Story enz. a fait établir que la "validité d'un contrat et tout ce qui concerne sa "nature, le lien (vinculum obligationis) qui en résulte, "ainsi que tout ce qui est relatif à son interpréta-"tion, dépendent de la loi du lieu où il a été fait." Er is hier een verwarring omtrent twee beginselen die niet parralel loopen namelijk erkenning van rechtskracht in het algemeen aan een verbintenis, en toepasselijkheid van een bepaald soort van positief recht. — Dat het wederkeerig belang der volkeren mede brengt, dat aan een verbintenis, die onder de heerschappij eener vreemde wet ontstaan is, evenzeer rechtskracht wordt verleend als aan de verbintenis, die door de inlandsche wet wordt beheerscht, dat is duidelijk. Door de onzekerheid waarin contractanten zouden staan, indien hun verbintenis niet overal van kracht zal zijn, zoude alle verkeer, alle handel onmogelijk zijn, op treffende wijze kenschetst dit

Story in zijn Conf. of Laws [1]) „The rule is founded, „not merely in the convenience, but in the necessities „of nations; for otherwise, it would be impracticable „for them to carry on an extensive intercourse and „commerce with each other. The whole system of „agencies, of purchases and sales, of mutual credits, „and of transfers of negotiable instruments, rests on „this foundation; and the nation which should refuse „to acknowledge the common principles, would soon „find its whole commercial intercourse reduced to a „state, like that, in which it now exists among savage „tribes, among the barbarous nations of Sumatra, and „among other portions of Asia, washed by the Pacific." Het eenige dus wat voor de zekerheid van handelsbetrekkingen vereischt wordt is dat men zekerheid hebbe dat men overal den schuldenaar tot nakoming kan dwingen.

Doch uit de noodzakelijkheid van toekenning van rechtskracht aan een verbintenis, die door vreemd reeht wordt beheerscht, volgt nog geenszins de aanwijzing welk dat vreemd recht is. Het internationaal verkeer zou er niet het minst door gestoord worden indien partijen werkelijk of vermoedelijk gewild hebben, dat haar verbintenis zou worden geregeld en beoordeeld naar hare nationale wet of naar de wet van het land waar de verbintenis moeten uitgevoerd of naar eene andere wet.

1) § 242.

Het zou integendeel in den handel groote stoornis brengen en nadeel aan particulieren berokkenen, indien men aan partijen hunne vrijheid ging ontnemen door te vermoeden dat zij zich steeds aan de lex loci hebben willen onderwerpen.

Foelix gaat vervolgens over tot de beschouwing dat men ook *par le système des presomptions* moet komen tot de toepasselijkheid der lex loci. Onnoodig om hier te herhalen dat alles op deze vermoedelijke wil der partijen op haar bedoeling neerkomt. Toch terwijl men zou verwachten dat hierdoor zijn *principe général* zou gerechtvaardigd worden geeft hij zelf ons te kennen dat op dien grond de toepassing der Lex loci slechts een subsidiaire plaats inneemt.

„Une regle puisée dans la nature de l'esprit humain „fait supposer que la volonté de tout individu qui „procède à un acte de la vie civile, s'eu est rapporté „plutôt aux faits qu'il connait qu'à ceux qu'il ne „connait pas. S'agit-il du concours de la volonté de „deux ou plusieurs personnes ayant la même patrie, „le même domicile, nul doute qu'elles s'eu sont „référées à la loi de ce domicilie." Het hoofdfactor derhalve dat bij verbintenissen in aanmerking komt, leidt derhalve onmiddelijk tot het aannemen der nationale wet als de toepasselijke. Men zou het bijna als algemeene regel willen aannemen, doch uit noodzaak komt men tot de tweede beschouwing:

„Mais lorsque les contractants n'ont pas la même

„patrie, le même domicile, on ne saurait donner „la préférence aux lois de la patrie ou du domicile de „l'un d'eux, ni juger sur l'intention que l'un d'eux „prétendrait avoir eu de se reporter aux lois et usages „de sa patrie; car il est de l'essence de toute con„vention qu'il y ait consentement commun des parties „sur tout ce qui compose le contrat (duorum pluri„umve in idem placitum censensus). Dès lors on a „*dû* admettre que leur volonté s'est rapportée à une „loi commune.... à la loi du lieu ou le contrat a „été passé."

Wij zullen later zien in hoeverre wij hierin met hem medegaan.

Aldus tot zijn oorspronkelijken regel teruggekeerd tracht hij deze nader te verdedigen. „Les lois romaines „ont déjà consacré le principe, que la matière du con„trat est regi par la loi du lieu où il a été passé."

Er bestaan eenige plaatsen in de Digesten die aan de auteuren dier tijden en nog heden veel hoofdbreken bezorgd hebben en waaraan menige bladzijde is gewijd. Wij moeten kort zijn. Vermelden wij twee schijnbaar tegenstrijdige plaatsen.

L. 6. de evict (21.2) „Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis, *in qua negotium gestum* est pro evictione cavere oportet.

L. 21. de oblig. et act. (44.7) „Contraxise unus quis que, in eo loco intelligitur, *in quo, ut solveret se obligavit.*"

L. 1. 2. 3. Dig de reb auct jud. (42, 5) „Venire bona ubi oportet, ubi quisque defendi debet (id est); ubi quisque contraxerit. Contractuum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed *quo solvenda est pecunia.*"

Het eerste pleit voor de lex loci. De twee laatste voor de wet waar de verbintenis moet worden uitgevoerd. Alle schrijvers hebben deze texten op hun manier uitgelegd en deze, naarmate zij aan de lex loci contractus of aan de lex loci executionis de voorkeur gaven, op hun beginsel trachten toe te passen. Wij verwijzen slechts naar de literratuur daarover. [1]).

Een uitvoerige bespreking is onnoodig, daar deze texten niet de strekking hebben, die men hun wil toekennen.

Wij deelen in dit opzicht volkomen de opinie van Wächter [2]), die aantoont dat men hier niet te doen heeft met een regel van internationaal privaatrecht dat aan de Romeinen toenmaals onbekend was. Men heeft hierdoor geenzins te kennen willen geven, welke wet de verbintenis beheerscht, maar alleen, welke rechter bevoegd is, over de verbintenis te oordeelen. Ook ons art. 314, B. Rv. bepaald, dat de eischer in handelszaken de keuze heeft tusschen vier fora. Een voorschrift aan

---

1) Foelix § 74. Savigny § 372. Fiore § 74. Story 1280. Massé le Dr commerc tom 1er p. No. 564 enz. enz.

2) Archiv. für civ. praxis A XXV. Pap 43—46.

den rechter gegeven ter bepaling zijner competentie is geenzins een voorschrift aan partijen gegeven, aan welk recht zij onderworpen zijn. Er bestaat geene aanleiding om met Savigny aan te nemen, dat men uit de onderwerping van partijen aan de jurisdictie van een bepaalden rechter, kan afleiden, dat partijen zich vermoedelijk aan de *wet* van dien rechter hebben willen onderwerpen. Niets is minder waar, want een consequente toepassing van dat beginsel zoude leiden tot de algemeene toepassing der lex fori, eene leer door Savigny zelf veroordeeld, (vergel. hetgeen wij hierover bij de behandeling der lex fori hebben gezegd). En het beginsel en de conclusie is valsch, want ten eerste zijn verschillende rechters competent, onder anderen zoowel de rechter van het land waar de verbintenis is aangegaan, als de rechter van het land waar de verbintenis wordt uitgevoerd, en vervolgens doet de competentie in geen geval de wet der partijen kennen. Partijen weten alleen dat de rechter in eene materie die alleen van haar wil afhankelijk is ook alleen daarna zijn beslissing zal regelen.

Doch, al zouden dergelijke beginselen in de Romeinsche Digesten duidelijk geformuleerd en voor internationale rechtsconflicten geschreven zijn, dan zou men er nog maar een betrekkelijke waarde aan mogen hechten, in landen waar geschreven recht bestaat.

Belangrijker evenwel is de door *Foelix* gewaande

eenstemmigheid van schrijvers hieromtrent. Nog heden ten dage wordt door de jurisprudentie de Lex loci toegepast met beroep op de traditioneele leer, alsof deze wet de eenige ware, die door vroegere schrijvers is aangenomen. Ten onrechte evenwel.

Foelix zelf, neemt immers op grond van den vermoedelijken wil der partijen aan, dat partijen het eerst hebben gedacht aan haar nationale wet om later de lex loci contractus toepasselijk te verklaren. Op dat algemeen beginsel geeft hij uitzonderingen. De voornaamste die hij aanneemt is, *pour ce qui concerne l'accomplissement des engagements pris par le contrat et son exécution*. In den loop van dit geschrift zullen wij gelegenheid hebben hierop terug te komen.

Doch Foelix haalt nog 33 schrijvers aan, die zijn gevoelen zouden zijn toegedaan. Dit is slechts in zooverre waar, dat vele dezer schrijvers, behoudens hetgeen wij vroeger omtrent de formalités intrinsèques gezegd hebben, tot de conclucie komen dat, ingeval twee vreemdelingen in een vreemd land een verbintenis aangaan, men dan verplicht is te presumeeren, dat partijen zich in het algemeen aan de lex loci hebben willen onderwerpen; maar onmiddellijk daarop laten zij er zooveel uitzonderingen op volgen, dat de algemeene regel er geheel onder verdwijnt.

Wij zullen eenige door Foelix aangehaalde schrijvers zelf raadplegen.

DUMOULIN is misschien juist de eerste onder zijn

tijdgenooten geweest, die opgekomen is tegen de algemeene toepassing der lex loci. Hij verwijt aan anderen, dat zij geen rekening houden met de bedoeling der partijen en dat zij *cruditer et indistincte* deze lex loci op alle mogelijke overeenkomsten toepassen. Men moet rekening houden met de *circonstances de la cause,* m. a. w. de rechter moet telkens letten op de vermoedelijken wil der partijen.

BOULLENOIS [1] .... „De tout ce que nous venons „d'exposer, l'on voit la difficulté qu'il y a de donner „des règles certaines dont on puisse tirer de vérita„bles décisions."

MAEVIUS, die in het algemeen de lex loci toegepast wil zien, voegt er onmiddellijk bij: [2] „Cave autem in hac materia confundas actuum solemnia nec non „et effectus ab ipsis causatos cum *eorum onere* et „accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur sed „non ex ipsis contractibus est." Deze laatste worden door een andere wet beheerscht.

PAUL VOET [3] „Ne tamen hic oriatur confusio, locum „contractus duplicem facio; alium, ubi fit, de quo jam „dictum; alium, in quem destinata solutio. Illum „locum verum, hunc fictum appellat Salicetus. Uterque „tamen recte locus dicitur contractus, etiam secun-

1) Observations T. 46.

2) Ad Jus Lubecense Quaest prel. 4. No. 11, 13, 14, pag. 22.

3) De stat. § 9. ch. 2.

„dum leges civiles, licet postremus aliquid fictionis „contineat."

Burgundus [1]). „Ea vero quae ad complementum vel „executionem contractus spectant, vel absolute eo super- „veniunt solere a statuto loci dirigi in quo peragenda „est solutio."

Hertius [2]) past de lex loci toe, omdat men geacht wordt die te kennen. „Haec regula non valet „si exterus ignoravit statutum."

Huberus [3]). „Verum tamen non ita praecise res- „piciendus est locus in quo contractus est initus, ut, „si partes alium locum respexerint, ille non potius „sit considerandus."

Christinaeus [4]). „Quoad ea quae celebrato con- „tractu veniunt facienda inspicitur consuetudo loci, „ubi ea debent fieri, puta, tradi, solvi."

Hiermede meenen wij genoegzaam te hebben aangetoond, dat het principe général van Foelix niet zoo algemeen door de door hem aangehaalde schrijvers wordt aangenomen.

Met beroep ook op die traditioneele leer oordeelde het Fransche hof van cassatie [5]), dat de contracten beheerscht worden door de wet van de plaats, waar de overeenkomst is gesloten, *en ce qui concerne la forme,*

---

1) Tract 4 No. 10.
2) Oper. tom. I d. col. leg. § 4. No. 10.
3) De confl. leg. Lib 1, tit. 3, § 10.
4) Decis. 238 vol. 1, No. 10 § 11.
5) 24 Feb. 1864.

les conditions fondamentales et le mode de preuves. Het hof van Brussel [1]), dat zich ook op de traditioneele leer beriep, was van oordeel, dat een overeenkomst, ofschoon in Engeland gesloten tusschen een Belg en een Engelschman, door de Belgische wet beheerscht werd, omdat die in België werd uitgevoerd.

Zelfs de tegenwoordige schrijvers zijn volstrekt niet voorstanders van de uitsluitende toepassing der *lex loci contractus.* Vele nemen een uitzondering aan voor het geval dat partijen van dezelfde nationaliteit zijn, en meestal ook voor het geval dat een verbintenis wordt uitgevoerd buiten het land, waar zij is aangegaan; in dit laatste geval wordt het contract beheerscht door de lex loci executionis, of ten minste de wijze van uitvoering wordt naar deze laatste wet beoordeeld.

Voor zoover het op de toepassing dezer *lex loci* aankomt, nemen zij dit ook slechts bij gemis aan iets anders aan.

Fiore [2]). "Per tutto ciò che può dipendere dal libero "arbitrio dei contraenti, si può presumere in generale "che essi si sottomettano alla legge del luogo nel quale "l'obbligazione diviene perfetta. Quando infatti non "rimane altro a fare affinchè l'obbligazione abbia un "valore giuridico, e non fu espressamente dichiarato

1) 24 Feb. 1840.

2) Dir. priv. int. No. 239.

„di voler preferire la legge del debitore o quella del „creditore, si deve *ragionevolmente* presumere che le „parti si sieno riferite alla legge del luogo in cui si „obbligarono. Quindi le condizioni necessarie alla „validità e quelle essenziali all' esistenza dell' obbli„gazione devono valutarsi secondo quella legge."

Rocco [1]) geeft de voorkeur aan deze wet, omdat men haar altijd gemakkelijk kan aanwijzen. Wat niet altijd het geval is bij de *lex loci executionis*. Verder stelt hij nog, dat partijen de *lex loci contractus* gewild hebben, omdat het waarschijnlijk is, dat zij daar de noodige inlichtingen hebben verkregen, omtrent de geldigheid hunner overeenkomst. Partijen zullen zich wenden tot de deskundigen der plaats, waar de overeenkomst wordt gesloten, en deze laatste zullen haar het best kunnen inlichten omtrent de wet dier plaats. [2])

LAURENT [3]) „On ne veut pas de la loi nationale des „parties, parce que chacune d'elles ignore la loi per„sonnelle de l'autre, et on leur impose une loi étran„gère (*lex loci*), qu'aucune d'elles n'est censée connaître. „Voilà en apparence, un étrange moyen de les mettre „d'accord! Je réponds qu'il ne s'agit point de les mettre „d'accord, ni de leur imposer une loi qu'elles ignorent. „Si le législateur intervient, c'est qu'il y est forcé."

1) Delle leggi del regno delle due Sicilie. F. 4 8.

2) Vgl. D. Dudley Field. Draft Outlines of an Intenational Code. Aanteek. op art. 602.

3) Tom. II. No. 230.

Story geeft alleen een overzicht van hetgeen beschouwd kan worden, als door de Common law en door de jurisprudentie te zijn erkend. Omtrent den wil der partijen laat hij zich weinig uit, hij kent slechts een algemeenen regel, namelijk, dat de lex loci toepasselijk is. Zelfs voor het geval, dat twee landgenooten een verbintenis buitenslands aangaan, verklaart hij [1]): „It may unhesitatingly be said, that nothing „but the clearest intention on the part of foreigners, „to act upon their own domestic law, in exclusion of „the law of the place of the contract, ought to change „the application of the general rule." Later evenwel neemt hij aan op grond van de waarschijnlijke bedoeling der partijen, dat ook de *lex loci executionis* toepasselijk is: [2]) „But where the contract is, either expressly or to tacitly, to be performed in any other place, there the general rule is, in conformity to the presumed intention of the parties, that the contract, as to its validity, nature, obligation, and interpretation, is to be governed by the law of the place of performance."

Bij von Bar vonden wij nog den meest aannemelijken grond voor de toepassing der lex loci contractus. [3]):

„In der That spricht in vielen Fällen unverkennbare „Billigkeit für die Anwendung der *Lex loci contractus.*

1) Conflic. of Laws § 273. 2; § 280.
3) v. Bar. Das int Priv. und Strafr. B. IV, § 66. Pag. 231 en 239.

„Wie wäre, z. B., ein verkehr auf Messen, Märkten, „und Börsen möglich, wenn jeder der Contrahenten auf „unbekannte Localstatuten seiner Heimath oder des „Orts, an welchen zufällig etwa Zahlung geleistet werden „soll, gegen Treu und Glauben sich sollte berufen „können? — Der Verkehr verlangt mithin hier für den „Inhalt der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nothwendig „ein für alle Käufer und Verkäufer gleichmässig gel„tendes Gesetz, und das einzig mögliche ist das Gesetz „des Orts, wo der Vertrag abgeschlossen wird."

Zeer zeker wanneer twee personen met elkander op een openbare markt of beurs een overeenkomst sluiten, die in dat land zelf uitgevoerd moet worden, dan is het waarschijnlijk, dat zij een zoodanige verbintenis hebben willen aangaan, zoo als die dagelijks aldaar ter beurze gesloten wordt, namelijk onder de bepalingen der plaatselijke wet. Ook in het algemeen wanneer uit de bedoeling der partijen blijkt (en dit hangt van de omstandigheden af) dat zij de verbintenis daar ten uitvoer willen brengen, waar zij is aangegaan, dan kan men veronderstellen, dat partijen zich hebben willen onderwerpen aan de *Lex loci contractus*, die tegelijk *Lex loci executionis* is.

Zoo luidt ook art. 601 van de Draft outlines of „an Internat. Code, Dudley Field „A contract made „and agreed expressly or tacitly to be wholly performed „within de jurisdiction of the same nation is governed „by the law of that nation".

Maar wanneer twee reizigers van Duitschland naar Italie reizen, en toevallig in den spoortrein een overeenkomst sluiten, door welke lex loci zal men hun contract laten beheerschen? Of wanneer twee personen in China een verbintenis aangaan, zal dan hun verbintenis door de Chineesche wet worden beheerscht? ook dan wanneer die verbintenis buiten dat land moet worden uitgevoerd, misschien in een land waartoe een van beide partijen behoort? In deze gevallen zal veel eerder de lex loci executionis of een andere toepasselijk zijn, naar den vermoedelijken wil van partijen.

Het Ital. Wetb. van 1865 (art. 9 l.l. der Dispozizioni sulla Pubbl. enz.) neemt behoudens tegenbewijs aan, dat partijen bedoeld hebben zich te onderwerpen aan de wetten der plaats, waar de verbintenis is aangegaan, of, zoo beide partijen vreemdelingen zijn van dezelfde nationaliteit, aan de wetten van hun eigen land.

De Nederl. jurisprudentie schijnt ook in het algemeen aan te nemen, dat de lex loci contractus de toepasselijke wet is.

Locus contractus.

Wij moeten een oogenblik onze aandacht wijden aan de plaats waar de overeenkomst gesloten wordt. In het algemeen is het dat land, waar partijen bij elkander waren, toen zij hare overeenstemming van wil aan elkander verklaard hebben. Zoolang de overeenkomst tusschen aanwezigen is aangegaan, is

deze plaats gemakkelijk te kennen, maar moeijelijker is de vraag te beantwoorden *waar* en *wanneer* of de overeenkomst tot stand gekomen is, die tusschen afwezigen is gesloten door middel van correspondentie of door middel van derden (lastgeving), *waar* en *wanneer* schriftelijke contracten zijn ontstaan, of contracten onder eene opschortende voorwaarde, of samenhangende contractueele verbintenissen op verschillende plaatsen aangegaan.

Schriftelijke contracten.

In den regel is bloote overeenkomst voldoende. Het uiten van den wil der partijen in een schriftelijken vorm wordt niet vereischt; men kan dit evenwel doen om bijvoorbeeld het bewijs te vergemakkelijken, (*probationis causa*). Gaan twee personen in Nederland een overeenkomst aan en brengen zij die later in Duitschland op schrift, dan is de overeenkomst toch in Nederland tot stand gekomen.

Maar het kan gebeuren dat er een *schriftelijk* contract vereischt wordt om de verbintenis geldig te doen zijn, hetzij door eene uitdrukkelijke bepaling van partijen, hetzij door de bepalingen der wet; in beide gevallen komt de overeenkomst eerst tot stand op de plaats waar de formaliteit is verleden — Bv. het op schrift brengen der transactie art. 1888, 2° B. W.

Dit geldt in het algemeen ook telkens wanneer een voor de verbintenis voorgeschreven *formaliteit*, *nood-*

zakelijk vereischt wordt voor de geldigheid der handeling bv. de toestemming van den kantonrechter bij sommige handelingen van den voogd. [1])

Overeenkomsten per brief, telegram enz. gesloten.

Een overeenkomst veronderstelt altijd een aanbod en een aanneming. Het aanbod is niet voldoende; het is een eenzijdige wilsverklaring. Is nu de aanneming door dengene, aan wien het aanbod gedaan is, voldoende om de overeenkomst te doen ontstaan, of is deze eerste tot stand gekomen, nadat de voorsteller, van het aanbod kennis heeft genomen? Ziedaar een vraag die, met betrekking tot den *tijd*, van groot belang is voor het gewone burgerlijk recht, waarover veel geschreven is en waaromtrent verscheidene systemen zijn verkondigd. Het antwoord op dezelfde vraag komt ook hier in het internationaal privaatrecht te pas, om de *plaats* te weten waar de overeenkomst tot stand komt. Sommigen als Foelix, Zachariae, Savigny meenen dat de overeenkomst daar tot stand gekomen is, waar de *aangezochte* (degene aan wien het aanbod gedaan is) het aanbod heeft aangenomen, en den brief, waarin hij verklaart dat hij het aanbod aanneemt, verzonden heeft; derhalve op de plaats, waar degene woont, die in het aanbod bewilligt. De overeenstemming van wil, meenen zij, heeft plaats gehad op het oogenblik

1) Vgl. Foelix, Tracté n° 82, pag. 114.

dat het aanbod aangenomen is. Derhalve is de overeenkomst ontstaan op de plaats waar de aangezochte woont. Wanneer die plaats de *lex contractus* moet aanwijzen, dan is het de wet van den aangezochte, die de verbintenis in het algemeen beheerscht. Bijvoorbeeld een koopman te Parijs biedt waren aan zijn correspondent in Londen aan; zoodra de Engelsche koopman het aanbod aanneemt, is te Londen de overeenkomst gesloten, en hun contract wordt beheerscht door de Engelsche wet.

Van hetzelfde gevoelen is ook Casaregis, die het voorbeeld aanhaalt van een Genueeschen koopman, die een aanbod doet aan zijn correspondent te Venetie. Hij veronderstelt dat genoemde koopman als het ware zelf zich naar Venetie, waar de aangezochte woont, begeeft. „Quia fingitur medio litterarum esse Venetiis „praesens; ubique venditionem mercium cum Veneto „concludere."

Andere daarentegen als Fiore [1]), Rocco [2]), Esperson [3]), Massé [4]), Laurent, D. Dudley Field [5]), en voorts ook Goudsmit [6]), Merlin, Toullier, Troplong meenen dat het contract niet eerder tot stand komt, dan op het *oogenblik* dat de voorsteller de kennisgeving ontvangt, dat de aangezochte het aanbod aanneemt; der-

1) Dir. int. pr. No. 247. 2) Delle leggi Pag. 378.
3) Il Principio di. nat. Pag 136. 4) Le Droit com. Tom. I. 478—480.
5) Drat outl. of Int.; code art. 607.
6) Pandecten systeem II. afd. 12,

halve op de *plaats*, waar de voorsteller zijn brief verzonden heeft en het antwoord daarop ontvangt.

Ook zou men, zich aansluitende bij het laatst vermelde gevoelen kunnen beweren, dat de tot het bewustzijn van den voorsteller gekomen aanneming een terugwerkende kracht heeft tot op het oogenblik van de aanneming, zoodat reeds op dat oogenblik en op die plaats, waar de aangezochte woont, het contract geacht wordt tot stand te zijn gekomen.

De fictie der eerstgenoemde schrijvers, alsof de voorsteller zich begeeft naar de plaats, waar de andere woont, komt ons ook vrij zonderling voor.

Een persoon kan toch moeijelijk door een brief, wel door een ander persoon, (zoo als wij bij het mandaat zullen zien) worden vertegenwoordigd, hij hoort het antwoord niet van dengene aan wien deze geadresseerd is.

Wanneer de aangezochte den brief leest, en in zich zelven het aanbod aanneemt, bindt hem dit nog tot niets. Voor een overeenkomst wordt vereischt een uiterlijke verklaring van den wil. „Propositum in mente retentum nihil operatur." Hij schrijft evenwel een brief waarin hij verklaart dat hij het aanbod aanneemt; zoo lang die nog in zijn macht is kan hij die verscheuren, verbranden en zijne aanneming herroepen. Doch al zou hij zich van den brief geheel en al ontdoen door hem op de post te doen, dan is dit nog maar eene daad van voorbereiding om zijnen wil te verkla-

ren aan dengene die er belang bij had dezen te kennen. Eerst wanneer het antwoord van den aangezochte gelezen is door den voorsteller, kan men zeggen dat er eene *wilsovereenkomst* heeft plaats gehad.

Terecht merkt ook Goudsmit in zijn Pand. Systeem [1]) op dat „het een vereischte is dat de in zijn aanbod "gedane bewilliging, tot bewustzijn gekomen zij van "den voorsteller. Vóór dat tijdstip ontbreekt er, wat "er ook moge zijn vooraf gegaan, het wederzijdsch be-"wustzijn". Wel hebben partijen hetzelfde gewild, maar niet elkander kenbaar gemaakt hetzelfde te willen. Er is overeenstemming, geen overeenkomst. Een *coexistence de volontés,* geen *concours de volontés.* "Le concours implique plus que l'existence de deux volontés, il suppose que chacune des parties sait ce que l'autre veut." Het bezwaar dat, even als de voorsteller zijn aanbod kan terugtrekken, voordat dit ter kennis is gekomen van den aangezochte, ook de aangezochte van zijn kant het recht heeft om zijne aanneming terug te trekken, kan in het burgerlijk recht tot moeijelijkheden aanleiding geven, want dan is de voorsteller gebonden tot tijd en wijle dat hij een antwoord krijgt. Dit kan door de wet (Duitsch Hand. Wetb.) zoo geregeld zijn dat de obligo van den voorsteller duurt tot aan het tijdstip, waarop hij, in geval regelmatig en ter juister tijd het antwoord is verzonden, de aan-

---

1) II afd. 12 § 25.

komst kan verwachten. Maar in het Internationaal privaatrecht komt dit bezwaar zoo zeer niet in aanmerking. Overigens zijn wij de meening toegedaan, dat overeenkomsten gesloten door middel van brieven enz. beheerscht worden door de wet van het land, waar het antwoord ontvangen is, niet alleen omdat de overeenkomst daar tot stand komt, maar ook om andere redenen, ontleend aan de waarschijnlijke bedoelingen der partijen, die, bij de beoordeeling van de wet, waarnaar partijen hunne overeenkomst beoordeeld willen zien, het eerst in aanmerking komt. Gesteld een koopman A. te Amsterdam, doet een aanbod aan een andere koopman B. te Londen. De Londensche antwoordt, dat hij het aanneemt en A. ontvangt dien brief. — Nu is het waarschijnlijker dat partijen zich eerder aan de Nederlandsche wet hebben willen onderwerpen, dan aan de Engelsche, want het is uit Nederland, dat de aanbiedingen gedaan zijn. — De koopman in Amsterdam biedt de voorwaarden aan, waaronder hij zich wil verbinden, en hij beschrijft die in den zin, zooals zij in Nederland worden begrepen, dat is: hij onderwerpt zijn contract aan de Nederlandsche wet. Zoodra nu de koopman in Londen het aanbod aanneemt, zooals het hem is voorgesteld, onderwerpt hij zich aldus ook aan de bepalingen der Nederlandsche wet [1]).

---

1) Vergel. Arrest Prov. Gerechtsh. van Gelderland 14 Juli 1871.

Savigny [1]), ofschoon hij aanneemt, dat de overeenkomst tot stand is gekomen op de plaats, waar de aangezochte zijn antwoord aan den voorsteller verzendt, meent dat de toepasselijke wet voor contracten, die door correspondentie tot stand komen, moet zijn die van den *Erfüllungsort,* wanneer deze door partijen is aangewezen; anders moet men (zoo ook Wächter) de verbintenis beoordeelen naar de twee respectieve wetten van den aanbieder en den aangezochte. Vergelijk hetgeen wij vroeger omtrent een dergelijke splitsing van het contract gezegd hebben.

Een algemeene opmerking ten slotte: het contract komt op die plaats tot stand, vanwaar de brief, die het aanbod bevat, gedateerd is, niettegenstaande de voorsteller van het aanbod elders zijn domicilie heeft, in de veronderstelling altijd dat degene, die het aanbod aanneemt, *bona fide* gemeend heeft dat de voorsteller ook woonde op de plaats, vanwaar de brief gedateerd is.

Vgl. C. Asser [2]); deze stelt telegrammen op een lijn met brieven.

Vergelijk tevens een uitvoerige verhandeling hieromtrent van A. v. der Does de Bije [4]).

1) System III 5371.

2) De Telegrafie in hare rechtsgevolgen (1867). § 4.

3) A. v. der Does de Bije, Akademisch proefschrift over overeenkomsten door middel van brieven, boden, openbare aankondigingen of telegrammen 1860.

Overeenkomsten die door middel van derden tot stand komen. (Lastgeving).

Wanneer een koopman aan zijn correspondent in het buitenland last geeft om goederen voor hem te koopen, en deze volbrengt den last, dan zijn er, twee verbintenissen aangegaan. Ten eerste die van lastgeving tusschen lastgever en lasthebber, en ten tweede die van koop en verkoop tusschen den mandataris, die op last van zijnen lastgever handelde, en den derde die de goederen verkoopt.

Waar zijn beide overeenkomsten tot stand gekomen? of liever, worden zij beheerscht door de wet van den mandans of door wet van de plaats waar de lasthebber handelde?

De meeste schrijvers over internationaal privraatrecht als Fiore [1], Massé [2], Rocco [3], Casaregis [4], D. Dudley Field [5], v. Bar [6], Savigny [7], Story [8] enz. nemen op verschillende gronden aan dat hier toepasselijk is de wet van den mandataris, die ter zijner woonplaats met den derde handelde.

Wat het contract betreft, door den lasthebber me

1) Dir. int. priv. n° 248.
2) Dr. com. p. 134. 3) Delle leggi, p. 380.
4) Disc. 179 n° 10. 5) Draft art. 607.
6) Das Int. pr. u. strafr. § 73.
7) System. § 373 A. 8) § 285.

den derden gesloten, moet men redelijkerwijze aannemen dat alle handelingen die de lasthebber, voor zoover hij daartoe gemachtigd was, heeft aangegaan, beschouwd moeten worden als aangegaan door den lastgever in persoon, omdat de mandataris den mandans geheel en al vertegenwoordigt. Al bezit de mandataris zelf de door den lastgever gevraagde goederen, niettemin wordt het koopcontract door de wet van den mandataris beheerscht en men behoort aan hem dezelfde rechten toe te kennen die derden zouden gehad hebben.

Wat betreft het lastgeving-contract hebben sommigen gemeend dat men de wet van den *mandans* moet toepassen. Maar de bedenking dat de wil van den mandans eigenlijk ontstaan is daar waar de mandans zich bevindt, is van geene waarde, want die wil heeft zich eerst verklaard op de plaats waar de mandataris handelde. — Overigens kan men met zekerheid verwachten, dat (in tegenstelling met de gewone contracten per correspondentie) de lastgever bij zijn last volhardt, tot dat hij dien herroepen heeft; kennisneming dat de last aangenomen is wordt niet vereischt. Ook art. 1830 Burgerlijk Wetboek veronderstelt dit, want de aanneming van den last kan ook stilzwijgend geschieden door volvoering van den last door den lasthebber, dus het contract kan tot stand komen, ook al heeft de lastgever nog geen kennis gekregen dat de last aangenomen wordt.

Massé haalt nog een utiliteitsgrond aan. "Le "contrat du commissionnaire perdrait toute son utilité "si le commissionnaire ne pouvait agir qu'après "avoir répondu par lettres qu'il accepte."

Story [1]) geeft ons een toepasselijk voorbeeld. — A. in Massachusetts geeft aan B. in Louisiana order om een schip te verkoopen. — B. verkoopt het na den dood van A. maar voordat hij van het overlijden kennis had. Volgens de wet in Massachusetts wordt de lastgeving herroepen door den dood van den lastgever, en alle handelingen daarna door den lastbebber aangegaan zijn van geener waarde.

Volgens de wet van Louisiana [2]) is hetgeen door den lasthebber, in zijn onwetendheid van den dood van den lastgever verricht is, van waarde. Story neemt aan de geldigheid van den verkoop, want de wet waar de handeling is verricht beheerscht het contract.

Dit geldt ook niet alleen voor zoover het de herroeping van den last betreft, maar ook voor den omvang der geheele verhouding tusschen lastgever en lasthebber als bijv. de hoofdelijke aansprakelijkheid van de twee lastgevers, de wettelijke verplichting tot betaling van interessen enz.

Zoo oordeelde ook het Hof van Noord Holland 12 October 1848 [3]) dat de overeenkomst door een Neder-

1) § 286.

2) Vgl. B. W. art. 1855.

3) Vgl. Rev. de Dr. Int. Tom XIII pag. 416, 1881.

lander door tusschenkomst van zijn agent in het buitenland aangegaan, door de vreemde wet beheerscht werd. Een recent arrest van het Reichsgericht van 10 Mei 1884 [1]) beslist ook dat de overeenkomst van een Duitscher, die aan een agent de change in Parijs order geeft tot het doen van beursaffaires, naar de Fransche wet moest beoordeeld worden, aangezien de wet van het land van uitvoering het contract beheerscht; hier was, naar den aard der zaak en naar de vermoedelijke bedoeling der partijen, Parijs de Erfüllungsort, de zetel de verbintenis. Het waren handelingen, vallende onder het beroep van den agent de change. Al heeft de mandans ook van zijn kant aan eenige verplichtingen te voldoen, dit valt niet onder het begrip der uitvoering van het mandaat, maar het zijn verplichtingen, die toevallig tengevolge der uitvoering van het mandaat ontstaan.

Maar wanneer nu de mandataris in het buitenland handelt op naam van zijn lastgever, en de agent, de handelsreiziger enz. den aan hem gegeven last overschrijdt, dan zullen derden niet kunnen voorgeven, dat zij ter goeder trouw gemeend hebben, dat de omvang van den last moest beoordeeld worden naar de lex loci contractus. Het staat hun vrij, om zich op de hoogte te stellen van den omvang, dien de wet aan de lastgeving toekent op de plaats, waar de mandans

1) Vgl. Enscheidungen des Reichsgerichts in civilsachen, Band 12, 1885.

woont; doen zij dit niet, dan is het aan hun schuld te wijten, indien de lastgever, op grond van overschrijding van volmacht, weigert de verbintenis na te komen. De mandataris immers draagt als het ware de door hem aangegane overeenkomst over op den mandans, maar die overdracht geschiedt dan ook slechts in zooverre zijn last reikt. Derhalve zal de mindere of meerdere aansprakelijkheid van den lastgever slechts naar zijne wet beoordeeld moeten worden. Overigens zou de beoordeeling der volmacht naar de lex loci contractus strijden tegen de zekerheid van het verkeer. Niet alleen de gewone agent, makelaar enz., die op naam van anderen handelt, maar ook een wettelijke vertegenwoordiger, als de voogd enz., zou, zoodra hij in het buitenland een contract sloot en als de wet van dat land hem een uitgebreider macht toekende, — den door hem vertegenwoordigden persoon tot grootere verplichtingen binden, dan waartoe hij de bevoegdheid had.

Indien men zou aannemen, dat bijv. de leden eener naamlooze vennootschap verbonden worden, volgens den omvang der wetten van de verschillende plaatsen, waar de directeur of zijn agent handelde, dan zouden alle statuten, alle beperking van de aansprakelijkheid der leden een doode letter zijn en niemand zou bij de toetreding tot die vennootschap den omvang van zijn aansprakelijkheid kunnen kennen. Zoo zal ook de aansprakelijkheid van den eigenaar van een schip, of van reeders, ten opzichte van hun recht van aban-

don, ten opzichte van de bevoegdheid van den schipper om door een bodemerijbrief het schip enz. te verbinden, beoordeeld moeten worden, niet naar de wet bijv. van het land, waar de bodemerij-overeenkomst is gesloten en die misschien aan den schipper een uitgebreider bevoegdheid toekende, maar naar de wet waar de reederij gevestigd is, enz. [1]) Zoo oordeelde ook de Rechtbank van Amsterdam, 14 December 1876, dat, bij ontstentenis van speciale wetsbepalingen, de algemeene volmacht gegeven door een Duitsch handelshuis aan een agent in Nederland gevestigd, geacht wordt te zijn gegeven binnen de grenzen der Duitsche wet [2]).

Het mandaat brengt ons er toe om ook te onderzoeken door welke wet de *ratificatie* beheerscht wordt. Onder *ratificatie* wordt verstaan het hechten onzer goedkeuring aan handelingen die een andere, in onzen naam maar zonder onze toestemming, gedaan heeft. (Niet te verwarren met de *confirmatie,* d. i. de bekrachtiging eener aanvankelijk nietige verbintenis).

Wordt de overeenkomst beheerscht door de wet van het land waar de lasthebber gehandeld heeft, of door de wet van het land waar de handelingen door den lastgever zijn goedgekeurd?

---

1) Vgl. *T. Asser,* Schets Hoofdst. III, pag. 133, p. 154. Vgl. *Clunet* Journ. de Dr. Intern. privé T. 1er pag. 82, (1874). Vgl. *Story* (confl. of Laws § 286 b.)

2) Vgl. Revue de Dr. Intern. Tom XIII 1881, pag. 417.

Sommigen meenen het laatste, want op die plaats is er eerst overeenstemming van wil geweest tusschen den negotii dominus en den lasthebber.

Anderen daarentegen als *Casaregis*[1]), *Fiore*[2]), *Savigny* meenen dat de overeenkomst tot stand gekomen is daar waar de handeling in onzen naam geschied is, want de ratificatie heeft een terugwerkende kracht „Ratihabitio mandato aequiparatur." En terecht; in dat land waar door den gestor gehandeld is, zijn de voorwaarden van het contract vastgesteld. De ratificatie verleent slechts aan de overeenkomst haar volle kracht.

De negotiorum gestio, een verbintenis die uit de wet voortvloeit, zal ook beoordeeld moeten worden naar de wet van den gestor.

Overeenkomsten onder een opschortende voorwaarde.

Wanneer de voorwaarde op een andere plaats vervuld wordt dan waar de overeenkomst oorspronkelijk gestipuleerd is, dan is het contract toch op deze oorspronkelijke plaats tot stand gekomen, want de vervulling der voorwaarde heeft een terugwerkende kracht.

Of echter de voorwaarde vervuld is moet men beoordeelen naar de wet van het land waar het feit heeft plaats gehad.

---

1) Disc. 179 § 20.

2) Dir. priv. Intern. no. 249.

Overeenkomsten op verschillende plaatsen aangegaan.

Indien die verschillende overeenkomsten beschouwd kunnen worden als voorbereidende en samenhangende handelingen ééner hoofdovereenkomst dan is deze eerst daar tot stand gekomen waar de laatste overeenkomst is aangegaan. David Dudley Field zegt [1]: „Where the same „offer to contract is accepted by several persons in diffe„rent places, the contract of each is perfected where the „last acceptance is completely manifested." Maar zijn daarentegen alle overeenkomsten, ofschoon met elkander samenhangende, te beschouwen als afzonderlijke, op zich zelf staande handelingen, dan is elk hunner aangegaan op de plaats, waar elke handeling geschied is. Een voorname toepassing hiervan zien wij bij den wissel die in verschillende landen geëndosseerd wordt. De inhoud der wisselverbintenis, de omvang van het obligo van elken wisseldebiteur wordt telkens beheerscht door de wet waar die verbintenis is aangegaan [2].

Betreffende den locus contractus verdient nog opmerking het volgende vonnis van de Rechtbank te Rotterdam 28 Jan. 1852. Een Franschman had geld op bodemerij genomen in China, bij akte verleden bij de fransche legatie aldaar: de teruggave der gelden moest geschieden bij aankomst van het schip te Rot-

1) Draft outl. art. 608.
2) Vgl. T. Asser (Schets H. III § 3.)

terdam. De Rechtbank paste de Fransche wet toe zoowel wegens de nationaliteit van den geldopnemer als om de plaats waar het contract gesloten was, namelijk het *hôtel* der fransche ambassade.

E. *De wet van het land waar de verbintenis moet worden uitgevoerd.*
(*Lex Loci executionis*).

Savigny in zijn „*System des heutigen Röm. Recht*" 1) wil dat de rechter, met uitzondering van de prohibitieve wetten, die niet vallen onder de gemeenschap van recht tusschen de volkeren, voor elke rechtsbetrekking „*dasjenige Rechtsgebiet aufsuche, worin dasselbe seinen Sitz hat*". Waar is de zetel der verbintenis? — want uit dien zetel zal men zoowel haren *besonderen Gerichtstand* (Forum contractus, in tegenstelling van het algemeene forum) als das *örtliche Recht* (de toepasselijke wet, waarnaar men de overeenkomst moet beoordeelen), leeren kennen. Der besondere *Gerichtstand* even als das *örtliche Recht* der verbintenis berust op de vrijwillige onderwerping der partijen, die meestal niet in uitdrukkelijke wilsverklaring vervat is, maar die men alleen naar omstandigheden moet beoordeelen. De waarschijnlijke bedoeling der partijen om zich te onderwerpen aan de jurisdictie, van een of ander land zal der *specielle*

1) Tom. VIII § 369 e. v.

Gerichtsstand aanwijzen, maar tevens ook de wet doen kennen, waaraan partijen zich hebben willen onderwerpen, m. a. w., de wet van den rechter, waaraan zich partijen vermoedelijk hebben willen onderwerpen, zal de overeenkomst beheerschen.

Het verband tusschen rechtspraak en recht is ongelukkig gekozen. Reeds vroeger zijn wij tegen deze zienswijze opgekomen. De onderwerping aan de jurisdictie van den rechter is niet overgelaten aan de vrije keuze der partijen, in allen gevalle eerder aan die van den aanlegger. Deze onderwerping aan de *lex fori* geldt slechts voor zoover het betreft de prohibitieve wetten, die de rechter moet toepassen, maar voor het overige zijn partijen vrij. De competentie van den rechter geeft niet absoluut te kennen, dat partijen zich aan zijne wet hebben willen onderwerpen. Hun bedoeling blijkt daar niet uit.

Savigny wijst ons verder aan hoe partijen als forum contractus gekozen hebben (den rechter van) het land waar de verbintenis moet worden uitgevoerd. En op dezelfde gronden neemt hij ook aan dat partijen zich aan de lex loci executionis hebben willen onderwerpen. Volgens Savigny [1]) is de wet waar de overeenkomst tot stand kwam "an sich zufällig vorübergehend, dem Wesen der Obligation und ihrer ferneren "Entwickelung und Wirksamkeit fremd. Ganz anders

1) § 370.

„verhält es sich mit der Erfülling, die mit dem eigen-„sten Wesen der Obligation zusammen fällt. Denn die „Obligation besteht eben darin, dasz irgend etwas, „dasz früher in der Willkür einer Person stand, in ein „nothwendiges, das bisher ungewisse in ein gewisses, „verwandelt wird, und dieses nothwendig und gewisz „gewordene ist gerade die Erfüllung. Auf diese also ist „die ganze Erwartung der Parteien gerichtet, und es „liegt daher im Wesen der Obligation, dasz der Ort der „Erfüllung als sitz der Obligation gedacht, dasz an „diesen Ort der besondere Gerichtsstand der Obligation „durch freie Unterwerfung verlegt werde.'' Op de uitvoering, het einddoel harer verbintenis hebben partijen het oog: de wet dezer plaats beheerscht hare overeenkomst.

Ook bij deze theorie stuit men op een moeielijkheid waarop wij reeds vroeger hebben gewezen. Savigny wijst dikwijls als *Erfüllungsort* aan de woonplaats van den schuldenaar, maar bij bilaterale contracten zijn beide partijen schuldenaren. Savigny wil in dit geval de verbintenis splitsen en de verplichtingen van beide schuldenaren door hunne respectieve wet laten regelen, zoodat men twee fora heeft, twee wetten die de verbintenis beheerschen; zelf merkt hij ook in een noot op: [1]). „Es soll dabei nicht geleugnet werden, dasz in manchen Fällen diese absondernde Behandlung beider Hälften einer zweiseitigen Obligation,

1) Savigny Sijst: § 369. pag. 202.

namentlich in Beziehung auf das örtliche Recht, Zweifel und Verwickelungen mit sich führen kann."

Wij verwijzen naar hetgeen wij daaromtrent gezegd hebben bij de behandeling der lex domicilii debitoris. Eene zelfde wet moet recht en verplichting regelen.

Door het recht aan den eenen kant vólgens ééne wet, en de correspondeerende verplichting aan den anderen kant, naar een andere wet te beoordeelen komt men, wanneer het recht aan de verplichting niet beantwoordt, tot ontbinding der overeenkomst wegens gemis aan wilsovereenstemming.

Deze theorie heeft ook dit bezwaar dat zij wat eenzijdig is. Op de bedoeling der partijen wordt niet genoegzaam gelet, bijvoorbeeld van de nationale wet van partijen is geen sprake, ofschoon men kan aannemen dat zij die beter kennen en zich daaraan hebben willen onderwerpen.

De groote verdienste zijner leer bestaat in de juiste wijze waarop Savigny later den Erfüllungsort naar den vermoedelijken wil der partijen bepaalt en daaruit de toepasselijke wet afleidt. Daarom is deze leer ook voor verscheidene practische toepassingen vatbaar en met kleine wijzigingen te verkiezen boven de meening van hen, die telkens de *lex loci contractus* willen toepassen.

Zoo als wij vroeger reeds gezien hebben, zijn verschillende sehrijvers, die de *lex loci contractus* willen toepassen van oordeel dat, wanneer de verbintenis elders wordt uitgevoerd, de wet dezer laatste plaats

de verbintenis beheerscht. Voor zoover zij de geheele verbintenis, ten opzichte van hare geldigheid, aard en rechtsgevolgen beoordeeld willen zien naar de lex loci executionis komen zij hierin overeen met de theorie van Savigny, die uitsluitend deze wet wil toepassen; want wordt de verbintenis uitgevoerd in het land waar zij ontstaan is, dan vallen de *lex loci contractus* en de *lex loci executionis* samen.

Westlake meent dat in Engeland, ofschoon men meestal overhelt naar de lex loci, aan deze wet toch geen overwegende invloed wordt toegekend. Ook daar vindt men, volgens hem, verdedigers voor de toepassing der lex loci executionis: [1]) These circumstances „it may probably be said with truth that the law by „which to determine the intrinsic validity of a contract „will be selected in England on substantial conside„rations, the preference being given to the country „with which the transaction has the most real connection „and not the law of the place of contract as such."

Fiore wil alleen de wijze van uitvoering door de *Lex loci executionis* beheerscht zien, wij komen hierop nader terug.

D. Dudley Field art. 682 »Subject to art. 604 en „605. (betreffende de imperatieve wetten) contracts made „within the jurisdiction of one nation and agreed expres„sly or tacitly to be performed either wholly or in part „within the jurisdiction of another, is governed as to its

---

1) A. Treatise § 201.

validity by the law of the place wher it is made, and as to its interpretation by the laws actually or presumptively intended by the parties for that purpose as provided in the next article" n. l. voor zoover partijen niet uitdrukkelijk een wet hebben aangewezen, zal de interpretatie der overeenkomst moeten geschieden naar de lex loci executionis wanneer deze door hen is aangewezen, bij gebreke hiervan naar de *lex loci contractus*.

De jurisprudentie in Duitschland schijnt in het algemeen aan te nemen dat de lex loci executionis de wet is waarnaar men de verplichtingen van partijen, voortspruitende uit overeenkomst, moet beoordeelen.

Een zeer ruime plaats zouden wij in allen gevallen aan de wet van de plaats, waar de verbintenis moet worden uitgevoerd, willen toekennen, telkens wanneer het betreft de *wijze van uitvoering*.

Ofschoon partijen in het algemeen zich slechts aan eene wet hebben willen onderwerpen met betrekking tot den inhoud hunner verbintenis, zoo moet men evenwel als uitzondering aannemen, dat partijen op de wetten en gebruiken der plaats van uitvoering het oog hebben, wat betreft zekere modaliteiten der uitvoering, zooals de maat, het gewicht, de muntvoet, de muntsoort, de waardestandaard, de tijdrekening.

Reeds Foelix [1]) wees er op, doch deze leer werd

---

1) Traité I § 74 1ère Exception.

onduidelijk geformuleerd; zij is nader verdedigd door Fiore, von Bar, enz.

Als uitzondering op den algemeenen regel, dat de lex loci contractus de verbintenis beheerscht, leert ons Foelix: „Lorsque l'acte devra recevoir son exécution dans un „autre lieu que celui où il a reçu sa perfection, „*tout ce qui concerne l'accomplissement des engagements „pris par le contrat et son exécution* et en d'autres „termes tout ce qui doit être fait après la passation „du contract, est régi par la loi de ce lieu."

Deze laatste woorden *tout ce qui doit être fait après la passation du contrat* geeft er een te ruime strekking aan en doet ons onmiddellijk denken aan de door Foelix aangenomen onderscheiding tusschen effets en suites du contract.

Fiore [1]) maakt een onderscheid tusschen het *vinculum juris,* den eigenlijken rechtsband „un vinculo giuri„dico che lega necessariamente il debitore verso il „creditore e da cui deriva il diritto che a il creditore „dè esigere che il debitore dia faccia o presti," en de *„onus conventionis"* un fatto reducibile in valore „pecuniario che e l'obietto del vincolo giuridico.

Het vinculum juris wordt beoordeeld naar de lex loci contractus. Daarentegen wil hij voor den *onus conventionis* en de daarop betrekking hebbende rechtsgevolgen (il modo di adempiemento) de wet toepassen

1) Dirit cio int. § 242.

van het land, waar de verbintenis moet worden uitgevoerd.

Bijv. zegt hij [1]) een koopcontract, dat in Italië is gesloten, maar in Zwitserland moet worden uitgevoerd, zal men wat de levering der zaak, de betaling, de in gebreke stelling, (de rechtsgevolgen van dit laatste voor zoover het te dragen risico betreft?) en de schadevergoeding betreft, naar de Zwitsersche wet moeten beoordeelen.

Het is onmogelijk om met één woord te zeggen, wat onder de wijze van uitvoering valt. Hiervoor zou men elke overeenkomst afzonderlijk moeten nagaan, maar wij zullen nog menig keer in de gelegenheid zijn hierop te wijzen.

Plaats van Uitvoering (*Locus executionis*)

Savigny neemt niet zoo als andere schrijvers aan de door de wet vastgestelde plaats van uitvoering, maar alleen dien *Erfüllungsort* dat op die vermoedelijke bedoeling der partijen berust. Wij nemen deze regels in hun geheel over.

I. Hebben partijen de plaats uitdrukkelijk aangewezen waar hare verbintenis moet worden ten uitvoer gelegd, dan is zonder twijfel deze plaats de *locus executionis*.

Maar er zijn ook handelingen waarvan het niet noodig

1) § 245.

is dat men er de plaats van uitvoering van aanwijze, aangezien zij alleen op een bepaalde plaats kunnen worden uitgevoerd. Daartoe behooren b. v. alle contracten ten doel hebbende de bearbeiding van onroerende goederen, het verhuren, verkoopen, verpachten van een huis, erf of landgoed. Het zou bijv. bij verkoop van een huis geheel overtollig zijn om er bij te voegen dat de levering van het verkochte huis daar moet plaats hebben, waar het ligt.

De aard dezer handelingen wijst dus van zelf den *Erfüllungsort* aan. Is deze niet door den wil der partijen of den aard der handeling bepaald dan:

II. Zijn er sommige verbintenissen die voortspruiten uit een voortgezette samenhangende werkzaamheid van den schuldenaar, werkzaamheid die steeds een lange tijdruimte invult en die te gelijk met een bepaalde plaats in verbinding staat. Savigny bestempelt deze soort werkzaamheden, waaruit binnen zekeren tijd meer of minder enkelvoudige verbintenissen gewoonlijk ontstaan, met den algemeenen naam van *Geschäftsführung*.

Op den blijvenden zetel *dieses Geschäfts* was de gedachte, de bedoeling, de vrije wilsonderwerping der partijen gericht. Daar waar de gestor zijn hoofdzetel houdt is de plaats waar de verbintenis, naar de bedoelingen der partijen moet worden uitgevoerd. (Forum gestae administrationis).

Daartoe behooren de verbintenissen van den voogd

en van den curator. De verbintenis bij waarneming van zaken van anderen, hetzij voor alle zaken, hetzij van een bepaalde categorie zijner zaken (bijvoordeeld een fabriek), tengevolge van een overeenkomst (mandaat), of tengevolge van den wil van een der partijen, (neg. gestio).

III. In den regel hebben de verbintenissen een op zich zelve staande voorbijgaande handeling tot voorwerp. Wanneer nu iemand *in zijne woonplaats* een verbintenis aangaat, dan is het de bedoeling der partijen, dat de verbintenis aan het domicilie van den schuldenaar worde uitgevoerd.

De zetel der verbintenis is dus hier *de woonplaats van den schuldenaar*, zonder dat een verandering van woonplaats van den schuldeischer eenigen invloed heeft op de verbintenis.

IV. Doch wanneer iemand naar buiten zijne woonplaats een verbintenis aangaat, dan kunnen er omstandigheden zijn, waaruit men kan opmaken, dat de *verbintenis* zal worden uitgevoerd op de plaats *waar de overeenkomst is gesloten.* Als voorbeeld haalt Savigny aan iemand die buiten zijn woonplaats een handelszaak opzet en daarbij zich inricht op eene wijze waaruit men kan opmaken, dat hij de waren, welke hij daar verkoopt, ook daar zal leveren. Een ander voorbeeld is dat van een ambtenaar die wegens ambtsbezigheden *langen* tijd ergens vertoeft en daar schulden maakt welke op zijn dagelijksch levensonder-

houd betrekking hebben, of van iemand die op een badplaats dezelfde soort van schulden aangaat, dan is de plaats waar zij aan die verbintenis moeten voldoen, de plaats waar zij die schulden hebben aangegaan. De duur van het verblijf behoeft niet zeer lang te zijn, integendeel de rekening van een reiziger in een hôtel wordt geacht daar betaald te worden, waar hij verblijf hield, want onmiddellijke betaling is regel en partijen konden verwachten dat daar uitvoering aan de verbintenis zou worden gegeven.

Doch alles hangt van omstandigheden af. Wanneer dus iemand bijvoorbeeld gedurende zijn verblijf op een badplaats contracten over handelszaken sluit, dan ligt het waarschijnlijk niet in de bedoeling der partijen om de verbintenis daar ten uitvoer te brengen.

V. Wanneer geen der hier voorgenoemde omstandigheden zich voordoet, en er volstrekt geen aanwijzing omtrent den locus executionis is, dan blijft er niets anders over dan aan te nemen dat de *woonplaats van den schuldenaar,* waar hij vroeg of laat zal terugkeeren, de plaats is waar de verbintenis wordt uitgevoerd. Bijvoorbeeld: Wanneer een reiziger gedurende zijn oponthoud ergens toevallig een contract sluit.

De plaats van uitvoering op deze wijze bepaald, zal bij onderzoek naar de wet, waarnaar de overeenkomst van partijen beoordeeld moet worden, van groot belang zijn.

F. *De wet van het land waar de zaak gelegen is. (Lex rei sitae).*

Afgezien van de omstandigheid, dat alle zakelijke rechten en wat daarmede in verband staat, beoordeeld moeten worden naar de wet van het land waar de zaak ligt, zullen daarenboven contracten betreffende onroerende goederen alleen daar kunnen worden uitgevoerd. Meestal zal een der partijen ook daar hare woonplaats hebben en uit hare bekendheid met de wetten dier plaats zal men hare onderwerping daaraan kunnen vermoeden.

Wanneer ik in Nederland zijnde, een huis huur in Wiesbaden, zal wel de plaats waar ik de overeenkomst heb aangegaan, minder in aanmerking komen, maar ik zal ten opzichte van de geldigheid der huurovereenkomst, ten opzichte mijner verplichtingen tegenover den verhuurder, en omgekeerd ten opzichte van de verplichtingen van de verhuurder tegenover mij, veel eerder op het oog hebben de in Wiesbaden geldende wetten en gebruiken dan de hier geldende. Hetzelfde geldt omtrent pachtcontracten, bearbeiding van onroerende goederen, enz.

Conclusie.

Na aldus het vóór en tegen der verschillende stelsels overwogen te hebben, kunnen wij slechts met aarzeling onze opinie neerschrijven.

Een algemeene regel ter aanwijzing van den vermoedelijken wil der partijen en ter bepaling dus der toepasselijke wet, is niet te geven. De reden ligt voor de hand, want de wil van partijen is telkens veranderlijk naar gelang der omstandigheden.

Wij willen niet ontkennen het groote nut dat er in gelegen is, wanneer de wetgever zoo als de Italiaansche en Oostenrijksche gedaan hebben, een wettelijk vermoeden vaststellen. Daardoor zou in de eerste plaats eenheid in de beslissing van rechtsconflicten hierover worden bevorderd.

Zeer zeker heeft de wetgever ook het recht (ofschoon sommigen hem deze bevoegdheid betwisten) om bijv. te bepalen dat een Nederlander en een Duitscher die in België een overeenkomst sluiten zonder zich te hebben uitgelaten welke wet hun verbintenis zal beheerschen, vermoed worden den wil gehad te hebben zich aan de Belgische wet te onderwerpen.

De wetgever zal dit aldus bepalen omdat hij meent dat in den regel dit de meest waarschijnlijke bedoeling der partijen is. Doch het kan zijn dat een dergelijk vermoeden volstrekt niet strookt met den werkelijken

wil der partijen. Misschien hebben zij in geen geval de Belgische wet gewild. Een dergelijk vermoeden zal vaak blijken een *Juristische Nothlüge* te zijn. De rechter zal niet eene nog meer waarschijnlijke bedoeling der partijen mogen aannemen, maar hij zal, zoo lang het tegendeel niet duidelijk bewezen is, haar op grond der positieve wetsbepaling dien ongewilden wil moeten opdringen met een »*ita lex quamvis dura*".

De rechter is in dat geval verantwoord en het is voor den rechter het gemakkelijkste.

Laat men daarentegen den rechter vrij, laat men het aan zijn oordeel over om zooveel mogelijk over den werkelijken wil of ten minste de meest waarschijnlijke bedoeling der partijen te beslissen, dan is vergissing voor den rechter nog mogelijk, maar toch in mindere mate dan wanneer de wetgever zelf een bepaalden wil oplegt.

Zoolang er geen wettelijk vermoeden bestaat moet, naar onze meening, de rechter naar omstandigheden den vermoedelijken wil van partijen trachten op te sporen evenals dit geschiedt bij de uitlegging van overeenkomsten zonder in een casuistiek te vervallen.

Behoudens de wijze van uitvoering besluiten wij aldus die altijd naar de lex loci executionis zal moeten beoordeeld worden en behoudens de toepassing van prohibitieve wetsbepalingen: Wordt de verbintenis van twee personen, die tot hetzelfde land behoo-

ren, door hunne nationale wet (wet van het domicilie) beheerscht.

Voor overeenkomsten betreffende roerende goederen, op een openbare markt (beurs, enz.) aangegaan, zal de lex loci contractus beslissen.

Deze lex loci contractus is ook in het algemeen toepasselijk voor verbintenissen die in den regel op dezelfde plaats worden uitgevoerd als waar zij zijn aangegaan.

Wanneer het overeenkomsten betreft vallende onder de gewone beroepsbezigheden van een persoon (van eene vennootschap) behoort men de wet te volgen van het land waar de hoofdzetel is der *Geschäftsführung*.

Wanneer het overeenkomsten betreft waarbij een der partijen hoofdschuldenaar is (de schenker, de borg, de bewaarnemer) zal de wet van dezen hoofdschuldenaar toepasselijk zijn.

Contracten per brief gesloten worden beheerscht door de wet van het land vanwaar het aanbod verzonden is.

Het mandaat-contract wordt beheerscht door de wet van den mandataris.

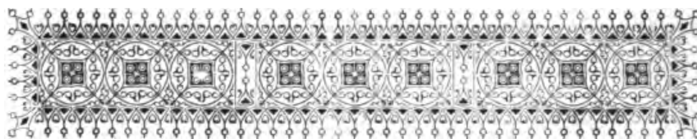
Wanneer het overeenkomsten geldt betreffende onroerende goederen zal men in den regel de wet moeten toepassen van de plaats waar het onroerend goed ligt.

Wanneer iemand te zijner woonplaats een verbintenis aangaat, wanneer dus de wet van een van beide

partijen samenvalt met de lex loci, zal men deze wet toepassen.

Overigens zal men de voorkeur moeten geven aan de lex loci executionis boven de lex loci contractus.

Wij zouden nog vele andere aanwijzingen kunnen geven, maar de lijst zoude steeds onvolledig blijven.



HOOFDSTUK II.

DE WET DIE DE VERBINTENIS UIT OVEREENKOMST BEHEERSCHT, BEHEERSCHT HAREN GEHEELEN INHOUD, BEHOUDENS DE WIJZE VAN UITVOERING EN BEHOUDENS DE WERKING VAN IMPERATIEVE OF PROHIBITIEVE WETTEN.

Wij hebben gezien dat men steeds eene wet zal kunnen en moeten aanwijzen die de verbintenis in het algemeen beheerscht, de *Lex contractus*. Deze regelt wezen en inhoud der verbintenis.

In verband met hetgeen wij reeds vroeger hebben opgemerkt, is deze inhoud, binnen zekere grenzen, afhankelijk van de wilsverklaring der partijen.

Hebben partijen omtrent zekere verplichtingen uitdrukkelijk haren wil te kennen gegeven, maar zijn hare bewoordingen voor verschillende uitlegging vatbaar, dan geeft de wetgever eenige regels op, ter verklaring van haren niet duidelijk uitgedrukten wil, en het is de taak van den rechter om na te gaan wat partijen door die geschreven of gesproken woorden waarschijnlijk bedoeld hebben.

De gewone regelen voor uitlegging der overeenkomsten zullen hier toegepast moeten worden, ofschoon deze vaak niet voldoende zullen zijn. Het gebruiken eener vreemde taal of van vreemde uitdrukkingen en de technische beteekenis dier woorden, de plaats waaruit geschreven is enz., zullen hier ook een voorname rol spelen. Breedvoerig wordt de kwestie besproken door *Westlake* 1). Wij kunnen ons daarmede niet inlaten. Het is een *quaestio facti.*

De rechtbank van Amsterdam was van oordeel dat de zin der woorden *„prompte stoomboot aflading Galatz"* verstaan moest worden, zoo als het in Amsterdam, waar de overeenkomst was gesloten, opgevat werd.

Dezelfde rechtbank was van oordeel 2) dat de verkoop van *Oostenrijksche zakken* suiker, aangegaan op de beurs van Amsterdam, wat het gewicht der zakken betreft, be-

---

1) A. Treat of Priv. Internat. Law Interpretation of contracts.

2) 28 Dec. 1877. Vgl. voor beide vonnissen Revue de Droit Intern. Tom. 13, 1881. Pag. 117.

oordeeld moest worden naar het gewicht welke men te Amsterdam daaraan toekent. Oostenrijksche suikerraffinadeurs hadden zakken geleverd van KG. 100 terwijl die zakken onder denzelfden naam op de Amsterdamsche beurs bekend KG. 112 moesten bevatten.

Maar wanneer partijen niets *uitdrukkelijk* hebben bepaald, dan moet men aannemen dat het in de bedoeling der partijen heeft gelegen om den *inhoud* haar. verbintenis geregeld en omschreven te zien door de wet waaraan zij zich hebben onderworpen, namelijk de *lex contractus* voor zoover niet een bedoeling die waarschijnlijker is, kan worden aangenomen, namelijk ten opzichte van alles, wat de uitvoering haar verbintenis betreft en voor zooverre haar bedingen, en de bepalingen der wet, waaraan zij zich onderworpen hebben niet in strijd zijn met prohibitieve wetten.

Met dit voorbehoud zal die eene en dezelfde wet alle rechten en verplichtingen, die uit haar overeenkomst voortvloeien, moeten regelen. Wezen, aard en rechtsgevolgen worden door haar beheerscht.

Onder den aard eener verbintenis wordt verstaan haar speciale natuur, waardoor zij zich van een andere verbintenis onderscheidt en dit hangt af van de modaliteiten die haar vergezellen, zoo als de voorwaarde, tijdbepaling, onderwerp enz. of van de speciale overeenkomst, waaruit de wet, eene verbintenis van zoodanigen aard doet voortvloeien.

Zoo kunnen er natuurlijke, voorwaardelijke, hoofdelijke, deelbare, alternatieve verbintenissen ontstaan. Voorzoover partijen daaromtrent niets hebben bepaald en voorzoover zij vrij waren om een en ander zelve te regelen, hebben zij de beantwoording der vraag van hoedanigen aard hunne verbintenis is en welke de bijzondere daaraan verbonden rechtsgevolgen zijn, overgelaten aan de *lex contractus.*

Wij kunnen met stilzwijgen sommige verbintenissen voorbijgaan, die uit den aard der zaak bijna overal hetzelfde geregeld moeten zijn: of, bijvoorbeeld, een verbintenis bestaat in *dare, facere* of *praestare* kan wel tot geen moeielijkheden aanleiding geven; insgelijks of een verbintenis mogelijk is, of zij onbepaald is, enz.

Daarentegen zijn niet alle wetgevingen identisch, ten opzichte van de rechtskracht, welke zij aan verbintenissen toekennen.

Aangezien de voorwaarden voor de geldigheid der overeenkomsten van prohibitieven aard zijn, zullen wij deze, evenals alle andere bepalingen, waarop de autonomie der partijen geen invloed heeft, later behandelen.

In ieder geval zal de wet, waaraan partijen zich, ten opzichte van den omvang haar verbintenis onderworpen hebben, noodzakelijk ook moeten beslissen over het ontstaan en het in stand blijven haar rechtsbetrekking. — De vraag, omtrent de geldigheid of ongeldigheid eener verbintenis behoort tot het materieele recht.

Hierdoor wordt immers beslist welke de aard is die de positieve wet in het algemeen aan alle rechten en verplichtingen van partijen toekent. Hierdoor wordt uitgemaakt in hoeverre zij recht hebben nakoming der verbintenis te eischen.

Is de verbintenis eenmaal volgens de *lex contractus* geldig dan zal men voor elken rechter de uitvoering daarvan mogen vorderen, tenzij dit in strijd is met prohibitieve wetsbepalingen van andere landen. Is de verbintenis ongeldig, dan behoort zij overal als zoodanig te worden aangemerkt.

In hoeverre een aanvankelijk ongeldige verbintenis later nog rechtskracht kan erlangen, zullen wij nader bij de *confirmatio* bespreken.

Tusschen eene geldige en eene totaal ongeldige verbintenis bestaan verschillende schakeringen. Vooreerst komt hier in aanmerking eene op zich zelve niet ongeldige verbintenis, maar waaraan de wet een civiele actie ontzegt: de *Obligatio naturalis*. Om bovengenoemde redenen zal geen andere dan lex contractus beslissen, wanneer eene zoodanige verbintenis ontstaat. Zij zal ook bepalen of zij gecompenseerd kan worden met een obligatio civilis, of zij door borgtocht kan worden verzekerd, door novatie in eene andere verbintenis kan worden omgezet, of er een *condictio indebiti* kan worden ingesteld wanneer men eenmaal aan de natuurlijke verbintenis voldaan heeft enz.

Vervolgens zijn er verbintenissen die van rechts-

vorderingen zijn voorzien, maar wier werking door een *exceptie* kan worden ontzenuwd. Wij hebben hier het oog op die excepties die op de rechtsbetrekking zelve zijn gegrond, die een materieelen rechtsgrond hebben, niet die excepties die op de procesorde zijn gebaseerd die tot de ordinatoria litis behooren, en dikwijls van dilatoiren aard zijn.

Eerst bedoelde excepties behooren naar de lex contractus te worden beoordeeld. Zij behooren immers ook tot de materieele rechten der partijen; zij bepalen in hoeverre een vordering in rechten kan gelden.

Ten onrechte hebben sommigen gemeend dat men het toelaten van alle excepties naar de lex fori moest beoordeelen. De plaats waar toevallig het proces gevoerd wordt mag aan een rechtsvordering geen meerdere waarde toevoegen dan zij oorspronkelijk had, evenmin hare waarde verminderen. Dit zou toch het geval zijn indien men alle excepties naar de lex fori zou beoordeelen. Heeft de borg eenmaal de bevoegdheid om het *voorrecht van uitwinning* in te roepen, dan is dit een door hem verkregen recht, een mindere omvang zijner verplichting. Het feit dat hij toevallig of opzettelijk door den schuldeischer in een ander land wordt aangesproken mag geen reden zijn om hem dit voorrecht te ontnemen.

Nog een andere dwaling is hieromtrent verkondigd. Sommige schrijvers meenen namelijk dat de excepties die opgeworpen kunnen worden tengevolge van feiten

die na het contract zijn ontstaan, die hare aanleiding vinden in meer verwijderde rechtsgevolgen, (*suites*) der verbintenis niet beoordeeld mogen worden naar de lex contractus, maar naar de wet van het land waar het feit plaats greep dat tot de suites aanleiding gaf. Deze leer waarop wij nader zullen terugkomen is ten eenemale onjuist.

Voorbeelden van bovengenoemde excepties zijn: het recht van den kooper om niet te betalen eer de zaak geleverd is, de exceptie van verjaring, het voorrecht van uitwinning, het voorrecht van schuldsplitsing, de *exceptio doli* enz.

Dit voor zoover betreft den algemeenen aard der verbintenis. De bijzondere aard eener verbintenis, en de rechtsgevolgen naar gelang van dien aard zullen even eens naar de *lex contractus* moeten worden beoordeeld.

Bijvoorb. onze wet (Art. 1848,) bepaalt dat wanneer een lasthebber door verschillende personen is aangesteld tot het waarnemen eener zaak die hun allen gemeen is, elk hunner jegens hem voor het geheel aansprakelijk is. Volgens andere wetgevingen kan een zoodanige aansprakelijkheid niet bestaan. Naarmate de Nederlandsche of die andere wet de verbintenis uit de overeenkomst van lastgeving beheerscht, zullen deze lastgevers al of niet in solidum aansprakelijk zijn, en de bijzondere rechtsgevolgen eener solidaire verbintenis daarnaar beoordeeld moeten worden.

De aard, het bijzonder karakter eener verbintenis

behoort ontegenzeggelijk tot de onmiddellijke rechtsgevolgen eener overeenkomst. Het zijn zoogenaamde naturalia contractum.

Alvorens verder te gaan moeten wij noodzakelijk een oogenblik stilstaan bij dit laatste punt, de rechtsgevolgen der verbintenis uit overeenkomst, want wij stuiten hier op een theorie die een groote rol gespeeld heeft, niet alleen op het gebied van het Internationaal privaatrecht maar ook bij transitoire kwestien.

Sommige schrijvers van groot gezag hebben, in navolging van eenige anderen, gemeend onderscheid te moeten maken tusschen de min of meer verwijderde rechtsgevolgen. Daaronder behooren: J. D. Meijer, Merlin, Foelix, Demangeat, Massé, Esperson, Fiore, Rocco, Lomonaco.

Onder de onmiddelijke rechtsgevolgen verstaat Foelix "Les *effets* (qui) dérivent de la nature même de l'acte "ou de l'exercice du droit établi par cet acte; ce sont "les droits et obligations que les parties ont positive- "ment entendu créer, les droits et obligations inhérents "au contrat; c'est-à dire qui y sont contenus expressé- "ment ou immédiatement; il n'y a pas lieu à distin- "guer si ces droits et obligations sont ou non actuel- "lement ouverts ou exigibles, ou s'ils ne sont qu'éven- "tuels et expectatifs.

"Sous la dénomination de *suites* du contrat on

---

1) II tit. I chc. II sect. II.

„comprend les obligations ou les droits que le légis-„lateur fait naitre à l'occasion de l'exécution de l'acte „ou du droit; les suites n'ont pas une cause inhérente „au contrat même, elles résultent d'événements posté-„rieurs au contrat et qui surviennent à l'occasion des „circonstances dans lesquelles le contrat a placé les „parties."

Als voorbeelden der *effets* van het koopcontract noemt hij de *levering der verkochte zaak, de betaling van den koopprijs.* Zonder een *zaak* of zonder een prijs is er geen koopcontract mogelijk. Die verplichting tot levering der zaak, en de betaling van den prijs vloeien noodzakelijkerwijze uit een koopcontract voort, ofschoon de wijze van levering en de wijze van betaling, zooals wij later zullen zien door de lex solutionis worden beheerscht. De actien van kooper en verkooper (alle?) zooals bijvoorbeeld *de actie tot vrijwaring;* de lex contractus zal ook hier moeten beslissen in hoeverre de verkooper tot vrijwaring verplicht is. Verder behooren tot de *effets, de ontbinding der overeenkomst,* hetzij krachtens het beding van wederinkoop, hetzij op grond der laesio ernormis, hetzij wegens niet vervulling der voorwaarde, die onder anderen bij wederkeerige overeenkomst steeds verondersteld wordt. Verder het *dragen van het risico* door den kooper of den verkooper bij ondergang der zaak. Dit zijn onmiddellijke rechtsgevolgen van het contract ofschoon wij reeds hierbij moeten opmerken, dat het niet nako-

men der wederkeerige verplichtingen, en ook de ondergang der zaak, feiten zijn, die na het sluiten van het contract plaats grijpen.

Als voorbeeld van *effets* noemt hij, bij de huurovereenkomst, het recht van den huurder om bij verkoop van het huis daarin te blijven wonen; eveneens het recht van den pachter om vermindering der pachtsom te eischen, als de oogst totaal vernietigd wordt. Verder de verplichting van rentebetaling, de kwestiën omtrent de hoofdelijkheid der debiteuren, en in het algemeen den aard der ontstane verbintenissen.

Tot de *suites* rekent Foelix de verplichting tot schadevergoeding ontstaan wegens schuld of nalatigheid en wegens vertraging in de uitvoering, de bekrachtiging van nietige, gebrekkige of voor vernietiging vatbare overeenkomsten en eindelijk de wijze van uitvoering der overeenkomsten.

Tegen deze leer zijn, onder anderen, twee auteurs over Internat. priv. Recht opgekomen, n.l. T. M. C. Asser en von Bar.

Het is reeds moeielijk om te weten, wat men onder de *effets*, en wat onder de *suites* behoort te rangschikken. Een zeker en gemakkelijk criterium is er niet voor te geven, en over de practische toepassing van den regel zijn de schrijvers het lang niet eens. Fiore [1]) leert ons dat men de *effetti immediati* niet

1) No. 254. (loco cit.)

moet verwarren met de *effetti essentiali*, zonder welk een overeenkomst niet kan bestaan of ten minste van aard zou veranderen, bijv. de eigendomsoverdracht bij koop en verkoop. Fiore kent, behalve de *effetti accidentali*, nog een derde categorie van rechtsgevolgen *che derivano dal modo di esecuzione*. O. i. kan men ook alleen voor de wijze van uitvoering, als uitzondering aannemen, dat partijen zich te dien opzichte aan de lex loci solutionis hebben willen onderwerpen; doch het berust geenszins op de onderscheiding tusschen de *effets* en de *suites* der overeenkomst.

Foelix [1]) beweert zelfs, dat de rechtsvorderingen van kooper en verkooper onder de *effets du contrat* gerangschikt behooren te worden.

Een belangrijke rechtsvraag is b. v. het recht tot ontbinding van het koopcontract wegens laesio enormis. Hieromtrent bestaat groot verschil tusschen de wetgevingen: sommige laten dit toe zooals de Fransche wet enz., andere laten het ook toe, maar in andere gevallen andere weer ontzeggen elke vordering tot ontbinding der koopovereenkomst wegens geleden nadeel, zooals de Nederlandsche en de Engelsche wet. De grootste verscheidenheid van meening bestaat omtrent de kwestie, of men deze actie wegens laesio onder de *effets* of onder de *suites du contrat* moet rangschikken. Zelfs degenen, die daarin eene *suite* zien, zijn het er niet over eens,

---

1) N°. 85.

welke wet de toelating en voorwaarden dezer rechtsvordering moet beheerschen. Foelix ziet [1]) daarin een *effet*, dat naar de lex loci contractus moet worden beoordeeld. Elders [2]) spreekt hij zich tegen. „Cette loi (n.l. de „lex rei situs) décide la question de savoir si la vente „d'un inmeuble peut être attaquée pour cause de lésion."

Deze laatste meening is ook die van *Massé* [3]). Alleen zakelijke rechten worden beoordeeld naar de lex rei situs; wij zien niet in, wat deze gemeen hebben met de actio wegens leasio enormis. Anderen meenen, dat de *lex fori* hierover moet beslissen. *Demangeat* [4]) meent, dat deze rechtsvorderingen beheerscht worden door de persoonlijke wet van den verkooper. Hij ziet daarin een wetsbepaling, die ten doel heeft bescherming van den persoon, die door geldgebrek gedwongen is tot dien verkoop over te gaan, dus een gebrek in de vrije toestemming. Dit gebrek stelt hij op gelijke lijn met een persoonlijke onbekwaamheid om verbintenissen aan te gaan.

De oneenigheid van auteuren omtrent hetgeen men onder *effets* of *suites* moet verstaan, zou zeker niet voldoende zijn om deze leer te veroordeelen, indien de grond, dien zij ter verdediging daarvan aanvoerden, juist ware.

De grond ligt volgens hen daarin, dat partijen de

1) § 85.
2) § 69.
3) Dr com. I No. 654.
4) Kant. op Foelix pag. 247.

onmiddellijke rechtsgevolgen — *effets du contrat* — hebben kunnen voorzien, en dat zij derhalve onmiddelijk bij het ontstaan der verbintenis die rechtsgevolgen geacht worden te hebben geregeld; dat daarom dus de *lex contractus* die beheerscht; dat zij daartegen, de *suites accidentelles* niet hebben kunnen voorzien.

Hoe onjuist dergelijke zienswijze is, alsof partijen niet hebben voorzien de gevolgen der niet tijdige nakoming eener verbintenis, — volgens de vorige schrijvers eene suite du contrat,— wordt aangetoond, door Prof. T. Asser in zijn Schets. 1) „Bij het aangaan eener overeenkomst „pleegt wel degelijk (en dikwijls met veel zorg) het geval „van niet-naleving of nalatigheid en verzuim van den „schuldenaar overwogen te worden en men mag aannemen, „dat partijen, zoo zij de gevolgen hiervan niet hebben ge- „regeld, bedoeld hebben zich ook in dit opzicht te onder- „werpen aan de wet, die geacht wordt de overeenkomst te „beheerschen. De wet van het land waar toevallig het „feit plaats vindt, dat, in verband met de gesloten „overeenkomst, zekere rechten verleent, kan hierbij „niet in aanmerking komen, wanneer partijen niet ter- „stond bedoeld hebben zich aan die wet te onder- „werpen."

Terwijl *Foelix* de actie tot schadevergoeding wegens *vertraging* onder de *suites* rekent, als zijnde niet voorzien, rangschikt hij de actie tot ontbinding der

---

1) Pag. 60.

koop-overeenkomst wegens *niet nakoming* onder de *effets*. Er bestaat hoegenaamd geen grond om aan te nemen, dat partijen *wel* aan de niet-naleving der overeenkomst, maar *niet* aan een mogelijke vertraging in de uitvoering der overeenkomst hebben gedacht. Zou dan de verkooper misschien wel hebben kunnen voorzien, dat de koopprijs niet tijdig zou betaald worden, wanneer de kooper als een slechte betaler aangeschreven stond en zou men dan in dit geval de gevolgen der vertraging onder de *effets* rangschikken? Van beide rechtsvorderingen is de eene geen meer verwijderd rechtsgevolg dan de andere; beide zijn inhaerent aan het contract.

Het kan overigens niet in de bedoeling der partijen gelegen hebben om sommige rechtsgevolgen afhankelijk te stellen van de plaats, waar toevallig een rechtsgevolg is ingetreden, een plaats die zij in vele gevallen niet met zekerheid te voren konden bepalen, en waarvan zij de wetten niet konden kennen.

De wil der partijen (behoudens prohibitieve wetten) was gericht op de onderwerping aan een enkele wet, tenzij men kan aannemen, dat de bedoeling der partijen, terstond bij het aangaan haar overeenkomst op eene andere wet gericht was, zooals voor alles wat betreft de wijze, waarop haar verbintenis zou worden uitgevoerd; dit is hier niet het geval.

Derhalve voor elke wijziging in haar oorspronkelijke rechtsbetrekking op gronden van feiten die later, met

of zonder toedoen van partijen, plaats grijpen en waardoor aan de bestaande reeks van rechten en verplichtingen nieuwe worden toegevoegd of bestaande worden vernietigd of in hunne werking verlamd worden, moet men aannemen dat partijen, voor zoover zij dit niet reeds gedaan hebben, aan denzelfden wetgever, die den aard harer verbintenis regelt, de zorg hebben overgelaten om de feiten aan te wijzen, die stoornis in hare rechtsbetrekking zouden brengen en om den invloed daarvan te bepalen. Alle rechtsgevolgen, ook die op grond van latere feiten intreden, waren reeds voorwaardelijk in de oorspronkelijke overeenkomst opgesloten. De crediteur heeft op die rechten aanspraak, welke de wet hem bij het ontstaan der verbintenis toekent, en op geen andere. Het zijn de door hem verkregen rechten. Daarentegen heeft de debiteur aan geen andere verplichtingen te voldoen dan aan die hij oorspronkelijk op zich genomen heeft en aan geene andere, die bijv. afhankelijk zijn van de wet der plaats, waar hij, om bijzondere redenen, niet tijdig aan zijn verplichtingen voldoet.

Geheel anders is het gesteld met de hierboven genoemde *wijze van uitvoering*. Voor deze wijze van uitvoering, die vaak aan de formaliteit grenst, moet men aannemen dat partijen stilzwijgend zijn overeengekomen om ten opzichte daarvan zich te gedragen naar de wetten, naar de gebruiken, zich te richten naar den waarde-standaard van de plaats, waar de verbintenis moest worden uitgevoerd.

Met verwerping van een dergelijke onderscheiding

tusschen *effets* en *suites*, gaan wij nu over tot eenige bijzondere toepassingen van het door ons aangenomen beginsel.

Wij hebben reeds vroeger gezien dat de lex loci contractus beslissen moet of uit overeenkomst een hoofdelijke verbintenis voortvloeit. Behalve hetgeen reeds gezegd is voor het geval van meerdere lastgevers, zijn onder anderen in ons recht nog hoofdelijk aansprakelijk: de borgen, de wisseldebiteuren, de vennooten onder eene firma, de beheerende vennooten in een commanditaire vennootschap enz. Hieromtrent kan evenwel verschil van wetgeving bestaan b. v. het Romeinsche recht en ook thans nog in Engeland en Amerika, zijn reeders voor de verbintenissen van den schipper *hoofdelijk* aansprakelijk. De wet die de borgtocht, de reederij de wisselverbintenis beheerscht, zal over dit rechtsgevolg beslissen. Zoo zal de solidariteit van elken wisseldebiteur beoordeeld moeten worden door de wet van de plaats waar hij zich verbonden heeft. Wij hebben, zoo als reeds vroeger opgemerkt is, hier te doen met overeenkomsten op verschillende plaatsen aangegaan, die, hoewel aan elkander verwant, toch telkens als zelfstandige handelingen beschouwd kunnen worden.

Een moeielijkheid, die zich hier kan voordoen, is het volgende geval [1]: Een Schipper eener Engelsche

1) Story § 298.

reederij gaat in Nederland verbintenissen aan, ter zake van het schip en de onderneming. De reederij komt hare verplichting niet na. Zijn nu de Engelsche reeders hoofdelijk met hun geheel vermogen aansprakelijk volgens de Engelsche wet, of slechts beperkt voor zoo ver hun aandeel reikt, volgens het Nederlandsche recht?

Oppervlakkig zou men denken dat de wet, die de verbintenis beheerscht, namelijk de Nederlandsche wet, hier ook de rechtsvordering van den schuldeischer zal moeten beheerschen, en dat hij dus elk der reeders slechts voor diens aandeel mag aanspreken. Maar ten onrechte. Zoo als wij reeds vroeger hebben opgemerkt, bij de overeenkomst van lastgeving, moet de meerdere of mindere aansprakelijkheid van den lastgever, op wiens naam en voor wiens rekening gehandeld is, beoordeeld worden naar de wet van den lastgever. De omvang der aansprakelijkheid voor verbintenissen, door anderen in onzen naam aangegaan, wordt steeds beoordeeld naar de wet van den aansprakelijken persoon. Dit geldt insgelijks, ten aanzien eener buitenlandsche vennootschap. Wanneer men eenmaal toelaat, dat er in naam eener buitenlandsche vennootschap verbintenissen gesloten worden, dan kan de vennootschap slechts binnen de grenzen harer statuten werkzaam zijn. De aansprakelijkheid harer leden kan niet beoordeeld worden naar de wet der verschillende landen waar die vennootschap handelsoperatien verricht. Een vreemde staat kan wel een

vennootschap niet erkennen en alle rechtskracht ontzeggen aan verbintenissen in naam van zoodanig vennootschap aangegaan, of hij kan haar aan beperkingen onderwerpen; maar die vreemde wetgever kan niet eischen dat de omvang van de aansprakelijkheid dier vreemde vennootschap beoordeeld worde naar de aansprakelijkheid eener binnenlandsche, die misschien alleen de benaming met die vreemde vennootschap gemeen heeft.

Behalve de hoofdelijke aansprakelijkheid, die volgens de bepalingen der wet (de lex contractus) uit hare overeenkomst voortvloeit, kan een dergelijke hoofdelijke aansprakelijkheid *uitdrukkelijk* door partijen zijn bedongen.

In beide gevallen worden alle verdere rechtsgevolgen, die uit een zoodanige verbintenis voortvloeien, beoordeeld naar dezelfde lex contractus. Zij zal derhalve beslissen, of aan de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren toekomt het recht om te eischen dat de schuld over de solvabele medeschuldenaren worde verdeeld. Ons Burgerlijk Wetboek kent het voorrecht van schuldsplitsing niet bij hoofdelijke debiteuren, alleen bij de voor het geheel aansprakelijke borgen [1]). Insgelijks met betrekking tot de werking der interpellatie aan een der hoofdelijke schuldenaren, den ondergang der zaak door de schuld van een hunner, de kwijtschel-

1) Art. 1319. C. civ. art. 1203. art. j° 1874. C. civ. 1203.

ding, de subrogatie van dengene die betaald heeft enz. strekt de lex contractus tot maatstaf. Zij regelt de meerdere of mindere verplichting van den schuldenaar. Het verlies van het recht, om een lateren wisseldebiteur aan te spreken, nadat een vroegere aangesproken is, zal ook beoordeeld worden naar de wet van elken wisseldebiteur.

Ex uno disce et alterum. Bovengenoemd voorbeeld eener hoofdelijke verbintenis geldt insgelijks voor alle andere verbintenissen, die, hetzij krachtens bizonder beding van partijen, hetzij krachtens de bepalingen der wet, een bijzonderen aard verkrijgen, zooals de voorwaardelijke verbintenissen, de verbintenissen onder een tijdsbepaling, alternatieve verbintenissen, deelbare of ondeelbare verbintenissen, verbintenissen met poenaliteit, gepriviligeerde verbintenissen, enz.

Ten opzichte van de *gepriviligeerde* verbintenissen, moeten wij het volgende opmerken: Wanneer dat voorrecht aan een verbintenis toekomt, op grond van een zakelijk recht (als pand en hypotheek), of wanneer zij een zoodanig karakter hebben (als scheepsprivilegien, bevoorrechte schulden op bepaalde zaken,), dan zal men dat voorrecht alleen kunnen beoordeelen naar de wet van het land waar de zaak zich bevindt. Vervolgens, wanneer dat privilegie bestaat b. v. in de bevoegdheid om den schuldenaar te *gijzelen*, zal men dit recht, als vallende onder de prohibitieve wetsbepalingen, alleen kunnen beoordeelen naar de wet van het land,

waar men van die bevoegdheid gebruik wil maken. Het spreekt van zelf, dat, wanneer aan den schuldeischer een zoodanige bevoegdheid, volgens de *lex contractus*, niet toekomt, hij deze niet later verkrijgt, indien hij de schuldenaar toevallig of opzettelijk in een land treft, waar nog gijzeling bestaat

Wij gaan nu over tot de bespreking van sommige elementen, die min of meer bij alle verbintenissen voorkomen en wel het *voorwerp van de vervulling* der verbintenis, den *tijd* waarop en de *plaats*, waar die moet worden uitgevoerd.

A. *Voorwerp van de vervulling der verbintenis.* Onder de praestatiën, die men op grond eener verbintenis kan eischen, komen in aanmerking:

1° *het leveren eener zaak.* Dit is het onmiddellijke doel van sommige overeenkomsten.

Is levering noodzakelijk? Door sommige wetgevingen, zooals door de onze, wordt, in navolging van het Romeinsche recht, bij die verbintenissen, welke de eigendoms-overdracht eener zaak ten doel hebben, levering der zaak vereischt.

In andere landen, als in Frankrijk en Belgie, bestaat de bepaling [1]), dat eigendom wordt overgedragen door de bloote wilsovereenstemming der partijen, zonder levering.

Foelix en vele andere auteuren met hem, zien daarin

1) Art. 1138.

een *effet du contrat* en meenen derhalve, dat de *lex loci contractus* moet beslissen, of er, behalve consensus, nog levering vereischt wordt. Ten onrechte. Savigny ziet daarin een formaliteit, waarin eigendom verruild wordt en volgens de door hem over zakenrecht gestelde regels, beslist hij, dat men naar de *lex rei situs* moet beoordeelen, of de levering noodig is.

Wij vereenigen ons volkomen met deze laatste zienswijze. Eigendom is een zakelijk recht; de verkrijging daarvan moet beoordeeld worden naar de wet van het land waar de goederen gelegen zijn, onverschillig wat de *lex contractus* of de *lex fori* daaromtrent mocht bepalen. — Zoo zal ook de eigendomsoverdracht door endossement beoordeeld moeten worden naar de wetten van het land, waar op den wissel het endossement is geplaatst.

De zaak kan worden opgeëischt in den staat, waarin zij zich op het oogenblik der overeenkomst bevond. Heeft de zaak eventueel een vermindering ondergaan, of is zij verloren geraakt, hetzij door toeval of door schuld van een der partijen, dan is, voor zoover partijen dit niet gedaan hebben, reeds door de *lex contractus* bepaalt, wie dat verlies zal lijden, welke zorg de schuldenaar heeft moeten besteden voor het behoud der zaak tot op het tijdstip der levering, of hij aansprakelijk is voor de *culpa levis lata*, of alleen voor *dolus* en of hij ook aansprakelijk is voor toeval en hooger macht. Met dit laatste staat in verband:

2°. Het *praesteeren van persoonlijke diensten.*

De wet, die het bevrachtingscontract beheerscht, zal de *aansprakelijkheid* van schipper of vervoerder regelen, tenzij zij deze aansprakelijkheid beperken op een wijze die in strijd is met prohibitieve wetten. Prof. Asser [1]) meent, dat het bevrachtingscontract hoofdzakelijk beheerscht wordt door de wet der destinatieplaats van het goed. Daar toch, zegt hij, moet de vervoerde lading worden uitgeleverd en de vracht betaald; daar moeten dus in den regel de hoofdverbintenissen van beide partijen worden uitgevoerd. De vraag, of er vracht verschuldigd is, en zoo ja, geheele of distantie-vracht, de omvang der *aansprakelijkheid* voor de uitlevering van het goed, de verplichting tot schadevergoeding, de voorwaarden, waaronder de actie tegen den schipper gehandhaafd blijft, enz., dat alles wordt door de wet der bestemmingsplaats bepaald.

Onze wet bevat weinige bepalingen omtrent het internationaal privaatrecht. Met betrekking tot deze laatste vraag, vinden wij in art. 498 Wetboek van Koophandel, de volgende bepaling: „Vreemde schepen, hier te lande bevracht wordende zijn zoo wel de schippers als de schepen, en, de bevrachting van dezelve buiten 's lands gedaan zijnde, de schippers, met betrekking tot de lossing *in* alles, waarvan de uitvoering hier te lande gedaan moet worden, aan dit wetboek onderworpen."

---

1) Schets III, § 4 pag. 154.

Zooals door Prof. T. Asser in het Magazijn van het Handelsrecht, Dl XI (1869) en in zijn Schets van het internationaal privaatrecht, aangetoond is, heeft men hier blijkbaar met een schrijf- of drukfout te doen, zoodat er in plaats van „*in* alles", gelezen moet worden „*en* alles."

Vergelijk verder hetzelfde werk 1), ten betooge dat die bepaling ook omgekeerd, toepasselijk is voor schepen naar het buitenland gedestineerd [2]). In het bizonder bepaalt nog art. 458 dat „voor lading of lossing buitenslands de wet of het gebruik van de plaats moet gevolgd worden." In Constantinopel bestaat bijv. een usance, om den dag na aankomst van het schip, niet als *ligdag* te beschouwen. Bij de beoordeeling dus van het aantal ligdagen, zal men deze usance in acht moeten nemen.

Het groote belang van een gelijke en vaste regeling van de verbintenissen, die uit het vervoer (vooral op de spoorwegen) kunnen ontstaan, wordt dagelijks meer en meer ingezien en blijkt uit de vele geschriften hieromtrent, en de dag nadert waarop men langs diplomatieken weg hiertoe zal geraken.

In het algemeen moet men aannemen dat het contract van vervoer op spoorwegen beheerscht wordt door de wet van het land waar de hoofdzetel van den spoor-

---

1) Pag. 156.

2) Vergel. Arresten en vonnissen hieromtrent in de Revue de Droit Intern Tom. XIV. 1882. Pag. 415, e. v.

weg is. Maar wanneer een Nederlander waren toevertrouwt aan een Nederlandsche spoorwegmaatschappij ter verdere verzending naar Rusland en wanneer zij daar beschadigd aankomen terwijl de schade is aangericht in Duitschland, waar de spoorwegmaatschappij niet aansprakelijk is voor dergelijke schade, wie zal men dan moeten aanspreken? Zal men den Nederlandschen expediteur mogen aanspreken, aangezien hij, volgens art. 89 Wetboek van Koophandel, moet instaan voor de door hem gebruikte tusschen-expediteurs of zal men de aansprakelijkheid der Nederlandsche spoorwegmaatschappij, wanneer het betreft handelingen door derden verricht, moeten beoordeeld naar de wet van het land waar de maatschappij haar hoofdzetel heeft?

Andere persoonlijke diensten als van aannemers, dienstboden en werklieden zal men moeten beoordeelen naar de *lex contractus*, ofschoon de wijze waarop het werk verricht wordt beoordeeld moet worden naar de wet van het land waar de diensten gepraesteerd worden, voor zooverre deze wet niet reeds in het algemeen de overeenkomst van partijen beheerscht.

3°. *Betaling eener geldsom.*

Een bizonderen plaats moeten wij toekennen aan die praestatiën die tot voorwerp hebben geldschulden, zoowel om haar menigvuldig gebruik, als ook omdat elke andere prestatie zich in eene geldvordering oplossen kan. In welke gevallen de geldschuld opeischbaar is

en wanneer men daarop aanspraak heeft, wordt geregeld door de *lex contractus*.

Daarentegen worden alle vragen die behooren tot de wijze waarop de betaling moet geschieden, beoordeeld door de *lex loci solutionis*. Derhalve zal deze wet beslissen in welke muntspecie zal moeten betaald worden.

Wanneer dus op de plaats der betaling papieren geld is uitgegeven met wettelijken koers, dan zal de schuldeischer zich tevreden moeten stellen met de betaling in dat papier. Daarentegen halen Pardessus, Massé een voorbeeld aan, waarbij een Spanjaard aan een Franschman beloofd heeft om 500 piasters in Spanje te betalen, en aan den schuldeischer papier met gedwongen koers in betaling wil geven, in dat geval, meenen zij, zal de Franschman in zijn land den schuldenaar kunnen dagvaarden en doen veroordeelen tot betaling in fransch geld eener geldsom, gelijk aan de waarde van 500 piasters op het oogenblik van het sluiten der overeenkomst.

Ten onrechte, zooals Fiore opmerkt [1]), de schuldeischer is voor alles wat betreft de wijze van betaling onderworpen aan de *lex loci solutionis*.

Deze oplossing is wel niet in het voordeel van den schuldeischer, die daardoor minder ontvangt dan hij gerekend had maar dit is ook niet de schuld van dien

1) N° 300.

schuldenaar: „Si deve considerare come una delle tante „eventualità che fanno perdere al commerciante una „parte dei lucri che avea sperato realizare." En daarboven, wanneer de Spanjaard een aanbod van gereede betaling doet, welke naar de Spaansche wet geldig is, dan kan geen andere rechter den schuldenaar dwingen om op andere wijze aan zijn verplichting te voldoen.

Dezelfde *lex loci solutionis* is ook toepasselijk voor het geval dat betaling moet geschieden in een munt onder dezelfde benaming bekend in het land, waar de verbintenis is aangegaan, maar die van waarde verschilt in het land waar de geldsom betaald moet worden. Bijvoorb. in Frankrijk is door A beloofd 100 *florins* te betalen, naarmate nu de som in Nederland of in Oostenrijk betaalbaar is, zal de florin naar de waarde die daaraan in Nederland of in Oostenrijk gegeven wordt, berekend moeten worden, omdat het, behoudens andere aanwijzingen, waarschijnlijk heeft gelegen, in de bedoeling van partijen, dat de betaling zou geschieden (op de wijze) in de munt gangbaar op de plaats waar betaald moest worden.

Zoo in het algemeen wanneer men beloofd heeft goederen te leveren naar een zekere maat of gewicht, dan hebben partijen gewild, dat dit geschiedde naar de maat of het gewicht der plaats waar die waren gewogen of gemeten zouden worden.

Een andere kwestie in verband met de betaling eener geldsom heeft tot groote controversen aanleiding

gegeven tusschen de Engelsche en Amerikaansche jurisprudentie. — Bijv. A wordt door B in New-York aangesproken tot betaling eener geldsom die hij in Londen had moeten betalen. — Wat mag B eischen? eene som in verhouding gelijkstaande met de nominale waarde, waarin de munt van het land, waar het proces gevoerd wordt, staat tot de munt van het land, waar de betaling moet geschieden, of eene som in verhouding tot de wisselkoers van de plaats waar het proces gevoerd wordt op de plaats, waar betaald moet worden? [1]). Nemen wij aan dat 100 pond sterl. in Londen betaald moet worden. — Naar de nominale waarde gerekend staat b. v. in New-York 1 pond sterl. gelijk met 4 dollars 48 cts.; daarentegen staat de wisselkoers van New-York op Londen 10 °/₀ hooger, m. a. w. voor een pond in Engeland betaalbaar moet men 4,92 doll. geven, zal de schuldeischer nu in New-York 4,48 of 4,92 doll. mogen vorderen? De schuldeischer is niet verplicht om elders betaling te ontvangen, dan waar oorspronkelijk bedongen is, dat de betaling zou geschieden. Hij zal dus een zoo groote som mogen eischen, dat daarvan, na aftrek der onkosten eener verzending naar de plaats der betaling, voor hem overblijve eene som gelijk aan de oorspronkelijk verschuldigde.

De schuldenaar zal dus in wissels op Londen

1) Vgl. a. Bar. § 70. Story § 309.

moeten betalen of aan den schuldeischer de wisselkoers of de kosten der verzending moeten vergoeden.

Als bijzondere voorwerpen van praestatie kunnen wij beschouwen de *schadevergoeding*, en de *betaling van interessen.*

Schadevergoeding.

Een rechtsgevolg, aan alle overeenkomsten gemeen, is het recht van schadevergoeding, hetzij wegens *vertraging* in de uitvoering der verbintenis, hetzij wegens de *niet vervulling* der verbintenis.

Om de *mora* of de niet vervulling te kunnen constateeren wordt vaak vereischt eene ingebrekestelling (interpellatie). Zoo bepalen de Nederlandsche en Fransche wet dat, al is er een termijn bij de verbintenis bepaald, door het enkel vervallen van dien termijn de schuldenaar nog niet in mora is, tenzij partijen dit uitdrukkelijk hebben bedongen. Men moet den schuldenaar nog in gebreke stellen. Andere wetgevingen kunnen, bepalen dat enkel door het vervallen van den termijn de schuldenaar geacht moet worden niet aan zijn verplichtingen wil voldoen, zonder verder tegen hem gerichte sommatie.

Foelix rangschikt de mora onder de *suites du contrat* en laat deze als zoodanig beheerschen door de wet van het land waar de schuldenaar zich daaraan heeft schuldig gemaakt. De oplossing is minder juist, beter

komt ons die voor welke door *Fiore* wordt gegeven [1]: de tijd en wijze waarop men de mora constateert behoort tot de wijze van uitvoering, daarom zal de *lex loci solutionis* beslissen of enkel het vervallen van de termijn voldoende is om de schuldenaar in mora te stellen.

Zoo zal ook de lex solutionis beslissen of tot het te doen loopen dezer interessen, de hoofdsom *in rechten moet worden gevorderd* en of daarvoor een eenvoudige interpellatie voldoende is.

Wanneer aan de verbintenis *niet* is voldaan of daar aan *niet tijdig* is voldaan, heeft de schuldeischer behoudens andere rechtsgevolgen, als het recht tot ontbinding der overeenkomst, het dragen van het verlies der zaak sinds de mora, in het algemeen *recht op schadevergoeding*. In hoeverre de schuldenaar tot schadevergoeding gehouden is, hiervoor moet men rekening houden met de lex contractus. Want reeds was in de oorspronkelijke overeenkomst besloten in welke gevallen schadevergoeding verschuldigd zou zijn. Gesteld dat iemand een zaak in Nederland ter bewaring heeft gegeven om die later in Duitschland terug te ontvangen, dan zal de Nederlandsche wet (*de lex contractus*) bepalen welke zorg de bewaarnemer aan het behoud der zaak moet besteden. Hij zal de zaak op kosten van den bewaargever naar Duitschland mogen verzenden onder de zelfde voorzorgen als hij voor zijn eigen zaak zou genomen

1) No. 268.

hebben. — De erfgenaam van den bewaargever is, wanneer hij onbewust de zaak verkocht heeft, niet tot schadevergoeding verplicht, maar zal alleen den ontvangen koopprijs aan den bewaargever behoeven te geven, moge ook de wet van het land waar de zaak moest worden terug gegeven (Duitschland) de bepaling bevatten, dat in dit geval de bewaargever recht op schadevergoeding heeft.

Daarentegen zal men om de waarde eener zaak te bepalen en in het algemeen om te berekenen welke schade een van beide partijen geleden heeft, rekening moeten houden met de plaats waar de zaak moest worden geleverd, waar de dienst moest worden volbracht, waar de som moest worden betaald m. a. w. waar de verbintenis moest worden uitgevoerd.

In geval partijen reeds bij het aangaan der verbintenis de schade hebben bepaald, bijvoorbeeld door een strafbeding dat niet in strijd is met imperatieve of prohibitieve wetten aan hunne overeenkomst toe te voegen, dan is natuurlijk de omvang der schade door dat strafbeding bepaald.

Is de schade niet reeds te voren bepaald, dan moet het in de bedoeling van partijen gelegen hebben dat de schuldeischer volkomen zou worden schadeloos gesteld, alsof de zaak werkelijk op de plaats der uitvoering ware geleverd. Men moet dus rekening houden met de waarde die de zaak zou gehad hebben op de plaats der levering. Hetzelfde geldt, wanneer een

aannemer op zich genomen heeft een werk op een bepaalde plaats uit te voeren, dan moet de schade, ontstaan uit het verzuim dier diensten, beoordeeld worden naar de plaats van uitvoering.

Ook de wijze waarop in het algemeen de schade en het schadebedrag worden geconstateerd, moet naar de lex solutionis worden beoordeeld. — Een belangrijk voorschrift hieromtrent vinden wij bij de regeling eener avarij die in den vreemde plaats heeft, in ons Wetboek van Koophandel art. 711. — Het luidt aldus: „Indien de schade buiten 's lands moet worden „opgemaakt, worden daarin gevolgd de aldaar bestaande „wetten of plaatselijke gebruiken".

Over de verkeerde interpretatie die hieraan gegeven is alsof door dat artikel de omvang van de aansprakelijkheid der assuradeurs bepaald wordt, vergelijk T. M. C. Asser, [1]) en het daarbij aangehaald arrest van den Hoogen Raad van 13 December 1878.

---

1) Schets van Hoofdstuk III, § 5 pag. 163.

Betaling van interessen.

1°. *Conventioneele interessen.* De verplichting tot betaling van interessen kan voortspruiten uit overeenkomst, namelijk wanneer partijen die uitdrukkelijk bedongen en de hoegrootheid daarvan bepaald hebben. De wil der partijen strekt hier tot wet, en in de veronderstelling dat de bedongen bepalingen niet strijdig zijn met imperatieve of prohibitieve wetten, waarover wij later zullen spreken, kan dit tot geen moeijelijkheid aanleiding geven.

Maar hoe in het niet dikwijls voorkomend geval dat rentebetaling bedongen is, zonder bepaling van den rentevoet? Is dan rente verschuldigd volgens den door de lex contractus vastgestelden of volgens den door een andere wet vastgestelden rentevoet b. v. die door de wet van het land waar de som is uitbetaald of waar de som moest worden teruggegeven?

Foelix [1]) meent dat de rentebetaling een *effet du contrat* is en geregeld wordt door de lex loci contractus, tenzij partijen een plaats hebben aangewezen, waar de verbintenis moet worden uitgevoerd; in het laatste geval moet men de rente beoordeelen naar de *lex solutionis*. *Fiore* [2]) haalt verschillende voorbeelden aan, en beslist in verschillende zin naar gelang der waarschijnlijke bedoeling van partijen. Bijvoorbeeld: iemand

1) No. 85. 2) No. 262.

verbindt zich om een zekere som met de interessen te betalen in Algerië, zonder te bepalen hoe hoog die interessen zijn zullen, dan zullen de verschuldigde interessen tien procent bedragen als zijnde dit de wettelijke rentevoet dat in Algerië loopt, niettegenstaande de geleende geldsom in Italie later opgeëischt en terug betaald is, waar de handelsinteressen 6 °/₀ bedragen.

Ander voorbeeld: indien iemand zich in Algerië verbindt om in Engeland een zekere som te betalen met interessen, dan zullen de interessen vijf procent bedragen volgens de Engelsche Wet en niet de in Algiers gebruikelijke tien procent.

Ander voorbeeld: Twee personen gaan in Italië een overeenkomst aan waardoor de eene zich verbindt om op rekening van een anderen een zekere som voor te schieten in Algerië aan een derde, die zich verbindt dezelfde som met interessen in Londen terug te betalen. In dit geval zal de rente bedragen de in Algerië loopende interest van 10 procent en niet de Engelsche à 5 procent, noch de Italiaansche à 6 procent.

De voorbeelden zijn juist en gegrond op de waarschijnlijke bedoeling der partijen, maar daarenboven moet nog uit de omstandigheden blijken, dat het kapitaal in bovengenoemde gevallen, respectivelijk in Algerië en in Engeland besteed wordt.

Van Bar [1]) merkt terecht op dat men de verschul-

---

1) § 71.

digde rente moet berekenen naar de wet van het land waar „das Kapital zur Anwendung gelangt.” De prijs van het geld wordt immers bepaald door de grootere of kleinere hoeveelheid beschikbaar kapitaal, het grootere risico, de meerdere of mindere rechtszekerheid op de plaats waar het kapitaal gebruikt moet worden. En men moet aannemen, dat partijen, indien zij niets anders bepaald hebben, de rente bedongen hebben, die zij bij opneming van geld in dat land verschuldigd zouden zijn geweest. De plaats waar de overeenkomst is gesloten, of waar het kapitaal en interessen moet worden terugbetaald, doen hier niets ter zake, maar alleen de plaats waar het kapitaal besteed is, en dit hangt van omstandigheden af. In den regel zal het daar zijn waar de som gelds uitbetaald wordt, maar het kan ook zijn de plaats waar de schuldenaar woont, of waar deze zijn handels-etablissement heeft.

Hetzelfde geldt wanneer twee personen in twee verschillende landen in rekening-courant met elkander zijn, en de volgens handelsgebruik verschuldigde interessen in beide landen verschillend zijn. De Nederlandsche koopman zal geen andere interessen in rekening mogen brengen dan die in Nederland gebruikelijk zijn, want in Nederland is het kapitaal van de anderen koopman besteed, daarentegen zal de Nederlandsche koopman van zijn correspondent in Brazilië de aldaar gebruikelijk zeven procent mogen eischen, voor de sommen die hij hem daar voorgeschoten heeft.

Behalve overeenkomst kan de verplichting om interessen te betalen ook voortspruiten uit een wettelijk voorschrift.

2° *Wettelijke interessen.*

Deze interessen zijn afhankelijk van de rechtshandeling, waarbij de wet interessen van rechtswege doet loopen. De rechter zal derhalve daarop moeten letten of de wet die de verbintenis beheerscht, een zoodanig rechtsgevolg toekent.

De lasthebber, de vennoot die gelden ten eigen bate gebruikt, of gelden had moeten inbrengen, de kooper onder zekere omstandigheden zijn interessen van rechtswege verschuldigd, volgens Art. 1551, 1663 1842, Burgerlijk Wetboek. De wet die de vennootschap, de lastgeving het koopcontract beheerscht zal hierover beslissen. Zoo ook wanneer het geldt de rechten van den vennoot tegenover de vennootschap. Elke vennoot heeft, volgens de Duitsche wet, recht op vier procent rente van het ingebrachte kapitaal, terwijl eerst hetgeen na aftrek daarvan overblijft, als zuivere winst gelijkelijk tusschen de vennooten verdeeld wordt. Daarentegen bepaalt de Nederlandsche wet dat, (als niets anders anders bepaald is), de winsten geëvenredigd zijn aan hetgeen in de vennootschap is ingebracht en het aandeel van degene der vennooten die geen kapitaal inbrengt gelijk aan dat van den vennoot die het minste bedrag in geld heeft ingebracht. Naarmate nu de vennootschap door de Duitsche of Nederlandsche wet wordt beheerscht, zullen er al of

niet deze interessen à 4 pCt. op de ingebrachte gelden, eerst uitbetaald moeten worden.

Het *bedrag* van wettelijke interessen wordt door dezelfde lex contractus bepaald.

3°. *Moratoire interessen.*

Wanneer de schuldenaar nalatig blijft om een geldsom te betalen dan bestaat de schadevergoeding in de bij de wet bepaalde interessen.

Volgens Foelix wordt de *mora* beheerscht door de wet waar de schuldenaar zich aan de nalatigheid heeft schuldig gemaakt, als zijnde een accidenteel en geen onmiddellijk rechtsgevolg van het contract.

Deze moeten berekend worden naar de lex loci solutionis, niet omdat het eene *suite du contrat* is maar omdat de berekening der geleden schade door vertraging berokkend alleen naar die wet kan geschieden; men moet immers aannemen dat de schuldeischer de geldsom juist op de plaats der betaling noodig heeft en dat hij die aldaar tegen de op die plaats gebruikelijke interessen heeft moeten leenen.

Ingeval reeds in de oorspronkelijke overeenkomst interessen zijn bedongen en de schuldenaar wordt in rechten aangesproken tot betaling daarvan, in een land waar de moratoire interessen lager of hooger zijn dan de oorspronkelijk bedongene, zijn dan de bedongen interessen of de interessen der lex fori, die van het oogenblik der dagvaarding af beginnen te loopen, verschuldigd?

Sommigen meenen dat de interessen die gedurende de instantie loopen uit eene nieuwe causa voortspruiten, alsof de *demande en justice* een novatie teweeg brengt der oorspronkelijke verbintenis. Zoo beslisten het Hof d'Aix [1]). en het Hof van Bordeaux 22 Aug. 1865 [2]), dat de rechter alleen de interessen der lex fori mag toewijzen, niet omdat het eene prohibitieve wet was (dezelfde rechter had reeds hooger interessen toegewezen) maar om bovengenoemde overweging.

Ten onrechte: want de *demande en justice* brengt geen novatie teweeg, de schuldeischer dagvaardt den schuldenaar tot meerderen waarborg voor zijn rechten; in plaats van zijn rechten te willen wijzigen of te willen verminderen, tracht hij zijn verkregen recht te handhaven. Het zou tegen alle goede trouw strijden indien men toeliet dat de schuldeischer, die den schuldenaar aanspreekt in een land waar de lex fori hoogere interessen kent, hoogere dan de oorspronkelijk bedongen intressen, van het oogenblik der dag der dagvaarding af, zou mogen vorderen.

De oorspronkelijke wil der partijen strekt haar tot wet en het feit dat het proces toevallig op een andere plaats gevoerd wordt, waar lagere interessen bepaald zijn, mag geen reden zijn om wijziging te brengen in de door partijen bedongen rechten en verplichtingen.

---

1) 14 Jan. 1825. Sircy 1826, 266.
2) Dalloz 1866, 2,223.

Derhalve zullen de oorspronkelijk bedongen interessen doorloopen, al moge ook de lex fori hoogere of lagere wettelijke interessen hebben vastgesteld.

B. *Tijd.* — Omtrent den termijn binnen, welken de schuldeischer de uitvoering der verbintenis moet of mag eischen zal, de lex contractus beslissen. — Dit ook is een ab initio verkregen recht. *Fiore* [1]) meent aan de eene kant dat de lex loci contractus beslissen moet „entro qual termine il creditore possa esigere l'adempiemento" terwijl hij elders [2]) aanneemt dat de lex loci solutionis bepalen zal „la delazione entro cui il „portatore (van eenen wissel) dove domandare l'accetta„zione e i giorni di grazia se sono amessi". (Vgl. ook n° 350). De oplossing dezer tegenstrijdigheid is waarschijnlijk daarin gelegen, dat de verbintenis van den wisselacceptant beheerscht wordt door zijne wet die, ten zijnen opzichte, de lex loci solutionis is.

In het algemeen zal men naar de lex contractus moeten beoordeelen, zoowel den termijn waardoor het ophouden van het recht om te vorderen bepaald wordt, bijv. de verjaringstermijnen, als den termijn, waarin een zekere bevoegdheid ophoudt, omdat de tijd voor hare uitoefening als eene onmisbare voorwaarde bepaald, verstreken is, de zoogenaamde *déchéance*. Als voorbeelden daarvan kan men noemen [3]) den termijn van vijf jaren,

1) No. 258. 2) No. 245.
3) Art. 1557 Burgerlijk Wetboek.

binnen welke de verkooper van zijn recht van wederinkoop moet gebruik maken, den termijn binnen welke men de nietigverklaring der overeenkomst moet vorderen. Daarentegen moet men de termijnen, die op de uitvoering der verbintenis betrekking hebben, beoordeelen naar de lex loci solutionis. Een voorbeeld hiervan vinden wij in bovenaangehaald art. 458 Wetboek van Koophandel, bepalende dat de tijd voor lading en lossing der vracht buitenslands geregeld wordt naar de wet of het gebruik der plaats.

Een Belg had van een anderen Belg in Frankrijk, een paard gekocht waarvan de levering in België moest geschieden. Volgens de Fransche wet moet de actie tot vrijwaring binnen negen dagen worden ingesteld, de Belgische kent een langeren termijn. Deze termijn van negen dagen was verloopen toen de zaak voor den Belgischen rechter aanhangig werd gemaakt. De rechter oordeelde dat het contract door de Belgische wet werd beheerscht en dat naar deze wet de termijn moest worden beoordeeld. Cassatie werd aangeteekend, maar het Hof verwierp de cassatie en bevestigde het vonnis [1]).

In hoeverre de rechter bij wederkeerige overeenkomsten, zooals bij verbruikleen, nog een termijn mag gunnen om aan de verplichting te voldoen (*terme de grâce*) hangt af van de lex fori, die de bevoegdheid van den rechter bepaalt.

---

1) Rejet 11 Maart 1858, (Pasicrisie 1858 L 59) Laurent T. II pag. 387.

C. *Plaats waar de verbintenis moet worden uitgevoerd.*

Bij de behandeling der *lex loci executionis* in hoofdstuk I hebben wij deze plaats aangewezen ter opsporing van de wet, die naar de bedoeling der partijen in het algemeen de verbintenis uit overeenkomst moet beheerschen. Die aan Savigny ontleende regels zijn hier niet toepasselijk, niettegenstaande sommige schrijvers dit aannemen.

Zoodra de lex contractus bepaald is, zoodra men aangenomen heeft dat partijen zich aan eene wet hebben willen onderwerpen, moet men ook aannemen dat zij, bij gebreke van uitdrukkelijke wilsverklaring hieromtrent, zich ook aan de bepaling dezer lex contractus omtrent de plaats van uitvoering hebben willen onderwerpen.

Wij moeten nog een oogenblik stilstaan bij eenige algemeene rechtsgevolgen voortspruitende uit een overeenkomst, n.l. het recht tot ontbindingen dat tot vernietiging der verbintenis alsmede de bekrachtiging van nietige en vernietigbare verbintenissen.

Hier ontmoeten wij weer de door Foelix, Fiore, Voet, Merlin en anderen gemaakte onderscheiding tusschen onmiddellijke en accidenteele rechtsgevolgen. Zij meenen dat de rechtsvordering tot ontbinding, tot vernietiging of tot herroeping die haar grond ontleent aan het contract zelf, beoordeeld moeten worden naar de lex contractus. Daarentegen moeten de rechtsvorderingen die voortspruiten uit oorzaken welke na het ontstaan van

de overeenkomst hebben plaats gehad, beoordeeld moeten worden naar de wet van het land waar dat feit heeft plaats gegrepen.

Wij verwijzen naar hetgeen wij vroeger daaromtrent gezegd hebben. Al deze rechtsvorderingen, onverschillig uit welke oorzaken zij ontstaan, hebben steeds haar grond in de oorspronkelijke overeenkomst en waren van den beginne af reeds voorwaardelijk in de overeenkomst besloten: zij maakten deel uit van het contract.

De gebreken, die een overeenkomst nietig doen zijn, als zijnde aangegaan tengevolge van geweld, bedrog of dwaling kleven de overeenkomst aan van het oogenblik af van haar ontstaan. Op dat oogenblik wordt derhalve haar geldigheid of nietigheid bepaald. Zoo ook wanneer men op grond eener laccio enormis de vernietiging der koop-overeenkomst kan vragen.

Het recht tot ontbinding eener wederkeerige overeenkomst ontleent zijn grond aan een feit ontstaan na het sluiten daarvan, namelijk het niet vervullen der verplichting van een der partijen. Desniettemin zijn alle schrijvers het eens, dat dit rechtsgevolg beheerscht wordt door de lex contractus. Wanneer dus de koop-overeenkomst door de Duitsche wet wordt beheerscht, zal in handelzaken de verkooper volgens art. 354 Algemeen Duitsch Handelswetboek, (tegenover den kooper die met de betaling van den koopprijs in verzuim is en indien de waar nog niet geleverd is) de keus hebben om:

1° te vorderen nakoming met schadevergoeding;

2° om de zaak te verkoopen voor des koopers rekening met inachtneming van bepaalde formaliteiten en om schadevergoeding te vorderen;

3° om afstand te doen van de overeenkomst, alsof zij niet gesloten ware.

Dit laatste is bij ons onbekend tenzij *mutuo consensu.*

Omtrent de gevallen waarin herroeping eener schenking kan geschieden, kan geen andere wet beslissen dan die oorspronkelijk de overeenkomst van schenking beheerscht. Wanneer men die moest beoordeelen naar de wet van het land waar het feit heeft plaats gegrepen dat tot de herroeping aanleiding gaf, dan zou de geboorte van een kind van den schenker in een land, waar toevallig dit ook een der gevallen is waarin men schenking kan herroepen, aan den schenker een dubbele vreugde verschaffen.

Bekrachtiging (confirmatie).

Bekrachtiging is de rechtshandeling, waardoor een overeenkomst gezuiverd wordt van het gebrek dat haar aankleeft. Zoolang de vernietiging niet in rechten is aangevraagd, brengt zij alle rechtsgevolgen te weeg als of de overeenkomst geldig ware, maar binnen zekeren termijn kan men die vernietiging steeds vorderen, men kan echter ook de overeenkomst bekrachtigen.

Foelix, zijne onderscheiding tusschen effets en suites hierop toepassende, meent hierin een *suite accidentelle*

te zien en verklaart bijgevolg toepasselijk de wet waar de bekrachtiging heeft plaats gehad. Prof. Asser in zijne Schets, [1]) meent ook dat de wet der plaats waar de bekrachtiging plaats vond, toepasselijk is. Eerst op die plaats ontstond een rechtsgeldige verbintenis. O. i. moet men hier een onderscheiding maken tusschen de bekrachtiging zelve en het contract, dat van zijn gebrek wordt gezuiverd. Zoodra de bekrachtiging heeft plaats gevonden, lost deze zich op in de thans geldige verbintenis. Er blijft niets anders over dan de oorspronkelijke overeenkomst, van haar gebrek gezuiverd.

De bekrachtiging heeft dus een terugwerkende kracht tot op het oogenblik dat de overeenkomst ontstaan is. De overeenkomst wordt geacht van den beginne af aan een geldig bestaan te hebben gehad en wordt als zoodanig door haar eigen wet beheerscht. Maar opdat de bekrachtiging een zoodanige werking hebbe, moet deze rechtshandeling zelve geldig zijn. De geldigheid hiervan zal dan naar hare eigene wet moeten worden beoordeeld, namelijk naar de wet van den persoon die de bekrachtiging verleent, als zijnde de bekrachtiging eene eenzijdige rechtshandeling. Wij hebben hierop reeds vroeger in Hoofdstuk I, bij de behandeling der wet van den schuldenaar gewezen.

---

1) Pag. 60.

Tenietgaan der verbintenissen.

Hebben partijen in het algemeen de bevoegdheid om den aard, de strekking, den omvang hunner verbintenis te regelen, zij mogen ook de wijze bepalen, waarop hare verbintenis te niet gaat. De op haren wil steunende wet, die den omvang harer verplichtingen regelt, zal ook noodzakelijk den duur, het ophouden daarvan moeten bepalen. De vraag of een verbintenis is opgeheven, valt samen met de vraag of zij nog bestaat. Hetzij door het aanvullend, hetzij door het dwingend recht voorgeschreven, het ophouden harer verplichtingen was een door haar ab initio verkregen recht.

De normale uitoefening van contractueeele rechten geschiedt door werkelijke uitvoering der verbintenis.

Er is echter nog een andere wijze van uitoefening, die tot de natuur van elk recht behoort, namelijk de bevoegdheid om de rechterlijke tusschenkomst in te roepen, ten einde den onwilligen schuldenaar te dwingen tot datgene wat hij ons verschuldigd is.

Datgene, wat men in ieder geval mag vorderen, is reeds door partijen of door de wet bij omschrijving van materieele rechtsgevolgen der verbintenissen aangewezen. Doch ook de middelen om, ten aanzien van hare rechten, des rechters overtuiging te vestigen behooren tot den inhoud der verbintenis. In de omschrijving dier middelen door den wetgever vinden

partijen eene aanwijzing, hoe zij hare handelingen moeten inrichten en welke voorzorgen zij daarbij in acht moeten nemen, ten einde zich later, zoo noodig, daarop met goed gevolg in rechten te kunnen beroepen. Derhalve, de bevoegdheid of verplichting, om een bepaald bewijsmiddel te gebruiken, was in hare oorspronkelijke rechtsbetrekking reeds opgesloten. Alle vragen, die tot het materieele recht behooren, als: wie moet bewijzen? wat is het voorwerp van het bewijs? welke bewijsmiddelen zijn geoorloofd of uitgesloten? wat is de kracht van elk dier bewijsmiddelen? — de *decisoria litis* — behooren tot den inhoud der verbintenis. Partijen worden ook hier geacht zich te hebben willen onderwerpen aan de bepalingen der wet, die den geheelen omvang harer verbintenis regelde.

Geheel anders is het gesteld met de wijze van rechtspleging, d. i.: de wijze, hoe, het tijdstip, waarop, en den vorm, waarin partijen van hare bewijsmiddelen hebben gebruik te maken (*ordinatoria litis.*) Deze vallen geheel buiten den inhoud der verbintenis [1]).

Behoudens deze gedwongen nakoming van contractueele verplichtingen kan de verbintenis nog te niet gaan door andere feiten, waardoor het recht van den schuldeischer, hetzij vernietigd wordt, hetzij tengevolge van een exceptie in zijn werking wordt verlamd.

---

1) Vgl. Akad. Proefschrift van T. G. M. Smits. Internationaal bewijsrecht in burgerlijke zaken. Amsterdam 1885.

Zoo wordt door betaling, kwijtschelding, schuldvernieuwing, schuldvermenging de verplichting van den schuldenaar ten volle opgeheven. Andere, zooals de verplichte kwijtschelding, de vergelijking, de uitgesproken nietigheid, de verjaring, laten dikwijls nog een obligatio naturalis over. Wij zullen sommige daarvan, die tot rechtsconflicten aanleiding kunnen geven, hier behandelen.

Bij de behandeling van de uitvoering der verbintenis, de gewone wijze van te niet gaan, hebben wij gezien, dat in het algemeen de omvang der verplichting beoordeeld wordt naar de lex contractus, daarentegen wordt alles wat behoort tot de wijze van uitvoering der verbintenis beheerscht door de lex solutionis. — Onder de wijze van uitvoering behoort nog de vraag van welke kwaliteit de verschuldigde zaak zijn moet, de vraag aan wien betaling kan worden gedaan, wanneer een derde kan treden in de rechten van den schuldeischer (subrogatie), in welke gevallen de schuldenaar bevrijd wordt door aanbod van gereede betaling gevolgd door consignatie, enz. Over dit alles zal de lex loci solutionis beslissen. [1])

Met betrekking tot de wijzen van tenietgaan hebben wij nog een andere belangrijke opmerking te maken.

Wij moeten namelijk onderscheiden tusschen die gevallen, waarin het tenietgaan der verbintenis tot

1) Fiore No. 298.

oorzaak heeft een handeling die niet als eene op zich zelfstaande kan worden beschouwd, als de uitvoering, compensatie enz. en andere gevallen, waarin het tenietgaan berust op een nieuwe bijzondere handeling tusschen schuldeischer en schuldenaar of tusschen een van beiden en een derde, en dus door een nieuwe wilsovereenstemming een nieuw contract aan het vroegere wordt toegevoegd. In dit laatste geval zal deze nieuwe handeling beheerscht worden door de wet waaraan partijen zich ten opzichte daarvan vermoedelijk hebben willen onderwerpen; als voorbeelden hiervan kan men beschouwen de schuldvernieuwing, de cessie, het compromissum, het pactum de non petendo.

Een belangrijke toepassing van dit laatste beginsel vinden wij bij de opvolging in het vorderingsrecht van een ander (*overdracht, cessio*) hetzij door het in betaling geven, hetzij door koop, door verpanding of andere causae cessionis.

Er staan hier twee vragen ter beantwoording: ten eerste omtrent de blijvende werking der oude verbintenis en ten tweede omtrent den overgang van het vorderingsrecht der oude verbintenis op den nieuwen schuldeischer.

In tegenstelling van de schuldvernieuwing (novatie) gaat hier, bij de cessie, de oude verbintenis niet te niet, alleen de persoon van den schuldeischer verandert. De verbintenis zal beoordeeld moeten worden naar de wet die haar ab initio beheerschte. De

schuldenaar namelijk heeft het recht te eischen dat hij geen nieuwen schuldeischer krijge, dan op de wijze zooals die bepaald was bij de wet volgens welke hij zich oorspronkelijk verbonden had.

Er is daarenboven nog een nieuwe rechtshandeling aangegaan tusschen den ouden en den nieuwen schuldeischer krachtens welke deze nieuwe schuldeischer het vorderingsrecht verkrijgt. Deze nieuwe rechtsbetrekking kan door een andere wet worden beheerscht dan door die waaraan de oorspronkelijke verbintenis onderworpen was. Beide wetten kunnen verschillende bepalingen omtrent de cessie bevatten. Wanneer nu de overdracht of cessie geldig is volgens haar eigen wet, maar niet volgens de wet die de oorspronkelijke verbintenis beheerscht, dan heeft de schuldenaar door betaling aan dezen nieuwen schuldeischer aan zijn verplichting voldaan. Tegen den vroegeren schuldeischer kan hij de exceptio doli opwerpen, want hij is dien uitdrukkelijk en geldig verklaarden wil, dat aan den gesubrogeerde betaald zal worden, nagekomen. Maar men kan niet vorderen dat de schuldenaar alle mogelijke vreemde wetten kenne om te kunnen beoordeelen, of de cessie al dan niet geldig is; al ware derhalve de nieuwe schuldeischer, op eene, volgens de wet die de cessie zelf beheerscht, niet geldige wijze, in het vorderingsrecht opgevolgd, maar op eene wijze geldig volgens de wet die de verbintenis oorspronkelijk beheerschte, dan wordt de schuldenaar evenzeer bevrijd door beta-

ling aan dengene die, te oordeelen naar de wet, waaraan de verbintenis oorspronkelijk onderworpen was, er aanspraak op had. — Omtrent de rechten van derden zullen wij later spreken in Hoofdstuk III, bij de behandeling van prohibitieve wetten.

Ten opzichte der *schuldvergelijking* (compensatie) moeten wij opmerken, dat wij hier niet te doen hebben met een nieuwe rechtshandeling, gebaseerd op de oude verbintenis. Daarom zal, behoudens prohibitieve wetten der lex fori, hier de compensatie mogelijk en geoorloofd moeten zijn volgens de wet van *beide* met elkander te compenseeren verplichtingen. Zoo bepaalt art. 121 van het Alg. Duitsch Handelswetboek, dat er gedurende den duur der vennootschap geen schuldvergelijking kan plaats hebben tusschen de vorderingen der vennootschap en de privaatvorderingen van den schuldenaar der vennootschap tegen een enkelen vennoot. Naar ons recht is dit beginsel twijfelachtig, om de algemeenheid der wetsbepalingen in het leerstuk der compensatie voorkomende.

Wat aangaat den *ondergang der zaak*, de lex contractus zal beslissen in hoeverre de verbintenis hierdoor werkelijk te niet gaat, en of hieruit kan voortspruiten een eisch tot schadevergoeding, omdat de ondergang der zaak het gevolg is van een feit (schuld of hoogere macht), waarvoor de schuldenaar volgens de lex contractus aansprakelijk was.

Door *schuldvernieuwing* (novatie) gaat de oude ver-

bintenis te niet, eene nieuwe komt tot stand, die door haar eigen wet wordt beheerscht, namelijk de wet waaraan partijen zich te dien opzichte hebben onderworpen. Zij zal dus beslissen, wanneer er schuldvernieuwing plaats heeft. Bijvoorbeeld wanneer verkocht is een partij goederen, betaalbaar in Duitschland, de kooper in dat land wissels ter betaling geeft en dit een schuldvernieuwing teweeg brengt, dan is de kooper voortaan niet meer verbonden ter zake van het koopen van goederen maar ter zake van den wissel. De verkooper dus verliest alle rechten en waarborgen die uit den verkoop voortsproten, tenzij de verkooper op den wissel of anderszins zich die rechten voorbehouden heeft.

De gewone *kwijtschelding* is alweder een op zich zelve staande handeling waardoor de verbintenis teniet gaat. Zij wordt door haar eigen wet beheerscht en deze wet is geen andere dan de wet die alle eenzijdige handelingen om niet beheerscht, namelijk de wet van dengene die de kwijtschelding verleent.

Als een *verplichte kwijtschelding* kan men beschouwen het accoord bij faillissement. Zonder ons in de leer van het faillissement te verdiepen, moeten wij opmerken dat de schuldenaar zijn gehomologeerd accoord ook aan schuldeischers, die in den vreemde zijn, kan tegenwerpen; dit is de meening van Fiore en anderen.

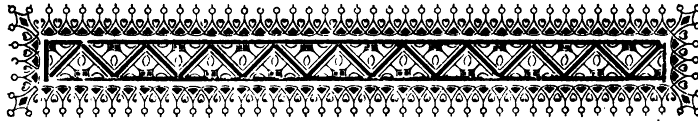
Rocco en anderen meenen evenwel dat de schuldenaar dit alleen kan doen, wanneer het accoord, in het land van den vreemden schuldeischer, executoir is verklaard.

Massé en de Fransche Jurisprudentie nemen daarentegen aan, dat de schuldenaar het accoord niet mag tegenwerpen aan een vreemden schuldeischer die niet daarin heeft toegestemd en die den schuldenaar in het land, waartoe hij (de schuldeischer) behoort, aanspreekt.

De *verjaring* moet worden beoordeeld naar de wet die de verbintenis zelve beheerscht. Vergelijk hetgeen hieromtrent gezegd wordt door Mr. *T. M. C. Asser* [1]) Vergelijk ook B. E. Asscher [2]), die, zich aansluitende bij de meening van den vorigen schrijver, tot de conclusie komt, dat „de extinctieve verjaring, als oorzaak „van het te niet gaan der verbintenissen, in geval „van conflict wordt beheerscht door de wet die op de „verbintenis zelve van toepassing is."

---

1) Schets I § 3 pag. 61.
2) De verjaring in het Int. Privaatr. Akad. Proefschr. 1881 Amsterdam. pag. 56.



HOOFDSTUK III.

DE INVLOED VAN PROHIBITIEVE OF IMPERATIEVE WETTEN.

Wij hebben tot dusver zoo goed mogelijk trachten aan te wijzen, welke wet in het algemeen de verbintenis uit overeenkomst beheerscht (*de lex contractus*), en gezien dat deze wet haar geheelen inhoud en alle hare rechtsgevolgen zal behooren te regelen, behoudens de wijze van uitvoering.

Ons blijft de taak over om na te gaan onder welke restrictiën deze *lex contractus* mag toegepast worden

en in het algemeen na te gaan den invloed der imperatieve of prohibitieve wetten.

Zoo als reeds vroeger is opgemerkt, hetzij partijen uitdrukkelijk de wet hebben aangewezen die haar overeenkomst zal regelen, hetzij de wetgever die wet aanwijst, in alle gevallen is dit gegrond op den wil der partijen, op hare *autonomie*, volgens welke zij hare wederzijdsche verplichtingen zoo kunnen bepalen als zij goedvinden en daarom ook vrij zijn in de keuze der wet, die hare rechtsbetrekking zal regelen.

Er bestaat toch een grens, die haar vrije wil niet mag overschrijden, daar namelijk, waar zij wijken moet voor voorschriften gegeven in het belang der geheele gemeenschap.

De autonomie der partijen houdt daar op, voorschriften die hooger staan dan de private belangen der individuen treden dan in werking.

Bij internationale rechtsconflicten kan de toepassing van het beginsel dat overeenkomsten *geoorloofd* moeten zijn, tot eigenaardige moeielijkheden aanleiding geven, en wel:

Ten eerste, wat partijen ook mogen hebben bedongen, welke vreemde wet ook hare overeenkomst beheerscht, in geen geval zal men zich daarop mogen beroepen wanneer die bedingen of die vreemde wet in strijd zijn met prohibitieve of imperatieve bepalingen der wet van het land, waar de rechter zetelt.

Zijn evenwel alle bepalingen van dwingenden aard,

die in de wet van het land van den rechter vervat zijn, ook toepasselijk op verbintenissen die niet in het algemeen onder de heerschappij der lex fori vallen?

Wat moet men onder een prohibitieve wet volgens het internationaal privaatrecht verstaan?

Ten tweede: Verschillende prohibitieve wetten kunnen bij de beoordeeling van de geldigheid der overeenkomst in conflict komen. Een overeenkomst kan ongeoorloofd zijn volgens de lex contractus, maar geoorloofd volgens de lex fori en omgekeerd. De uitvoering der verbintenis is geoorloofd volgens de lex contractus en ook volgens de lex fori, maar verboden door de wet van het land waar die uitvoering moet plaats hebben, of de uitvoering zal onder de prohibitieve bepalingen vallen der wet van het land waar de zaak gelegen is, enz.

I. De bepalingen van dwingenden aard der Nederlandsche wet moeten in het algemeen niet alleen door eigen onderdanen, maar ook door vreemdelingen worden geëerbiedigd en zijn in het algemeen ook toepasselijk op alle verbintenissen, door welke wet ook beheerscht.

Indien twee ingezetenen in hun vaderland een weddingschap hebben aangegaan, al zou hunne nationale wet hun een actie voortspruitende uit spel en weddingschap toestaan, dan zou de Nederlandsche rechter voor wien toevallig deze vordering betwist wordt, aan zoodanige overeenkomst nooit zijne sanctie mogen ver-

leenen, aangezien de Nederlandsche wet geen rechtsvordering toekent, ter zake van eene schuld uit spel en weddingschap voortgesproten, (Art. 1825 Burgerlijk Wetboek). De verbintenis is hier in strijd met eene prohibitieve bepaling der lex foci.

De rechter ontleent zijne bevoegdheid aan den wetgever, en deze zal tevens de grenzen dier macht aangeven. Waar dus de wetgever aan sommige overeenkomsten rechtskracht ontzegt, daar ontzegt hij tevens aan den rechter de bevoegdheid om zijne tusschenkomst te verleenen ter bescherming van rechten daaruit voortvloeiende. Door een *absoluut* gebod of verbod van den wetgever is de rechter daartoe onbevoegd, onverschillig welke personen zijne tusschenkomst inroepen, waar de verbintenis aangegaan is of moet worden uitgevoerd, of waar de zaak ligt.

In het land van den rechter kunnen evenwel soms wetsbepalingen bestaan van dwingenden aard, die opzettelijk gegeven zijn in het uitsluitend belang van eigen onderdanen, voor verbintenissen in hun land aangegaan, die dus geheel en al van lokalen aard zijn, een uitsluitend nationaal karakter dragen. Nu staat men voor de vraag, of het in de bedoeling van den wetgever gelegen was om die soort van imperatieve bepalingen toegepast te zien op verbintenissen, die in het algemeen niet door zijne wet worden beheerscht, maar toevallig aan de beslissing van den in zijn land zetelenden rechter onderworpen zijn.

Om ons tot een eenvoudig voorbeeld te bepalen: In sommige landen is het verkoopen van ontplofbare stoffen verboden; — zal de rechter van een dier landen dat verbod ook moeten toepassen op het koopen en verkoopen daarvan tusschen vreemdelingen in het buitenland?

Zoo neen, hoe zal men kunnen weten, welke bepalingen als prohibitieve wetten beschouwd moeten worden?

Het is het de taak van den rechter om in elk land de bedoeling van den wetgever op te sporen, en te beslissen welke wetsbepalingen van dringend recht al of niet vallen onder de categorie van prohibitieve of imperatieve wetten, die steeds moeten worden toegepast.

Schrijvers over Internationaal Privaatrecht hebben getracht den rechter hier een leiddraad te geven, hem een criterium aan te wijzen, waaruit hij zou kunnen opmaken, welke wetsbepalingen onder de prohibitieve wetten behoort te worden gerangschikt.

De schrijvers van de vorige eeuw, de meeste Amerikaansche, Engelsche, en sommigen van het continent o. a. Foelix, Wächter enz. nemen den aan Huberus ontleenden en door Story aangehaalden regel aan: „Rectores „imperiorum id *comitur* agunt, ut jura cujusque populi „intra terminos ejus exercita teneant ubique suam „vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis „*ejusque civium praejudicetur,*" [1]) m. a. w.: De rechter

1) Huberus Lib I tit 3. De conflictu Legum bij Story § 2.

moet de wet van zijn land toepassen; bijuitzondering wordt de toepassing van een vreemde wet geduld, en dit is dan uit welwillendheid (comiter agunt); ook zoodra de toepassing dier buitenlandsche wet eenig nadeel zou berokkenen aan den staat of *zijn ingezetenen*, moet de rechter *zijne wet* toepassen. Eigenlijk is hier geen sprake van prohibitieve wetten, want alles is afhankelijk van de naar omstandigheden varieerende vraag, of toepassing eener vreemde wet al dan niet in het belang is van ingezetenen.

Wij hebben reeds vroeger deze leer der comitas bestreden en een voorbeeld gegeven, tot welke conclusien men, door een dergelijk beginsel geleid, moet komen.

Een consequente toepassing zou ook daarin bestaan, dat, in geval eene vreemde wet een rechtsvordering zou toekennen op grond van spel en weddingschap, men zou moeten toelaten, dat een zoodanige vordering wel ten voordeele maar niet ten nadeele van landgenooten werd ingesteld.

In plaats van een *rechtsbeginsel* stelt deze leer het *eigenbelang* als criterium voorop en men kan daarvan dus slechts willekeur en onrecht verwachten.

Savigny [1]) brengt alle prohibitieve wetsbepalingen onder twee categoriën:

A. Gezetze von streng positiver zwingender Natur.

1 System § 349.

B. Rechtsinstituten eines fremden Staates deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist.

A. Daaronder behooren die soort van *absolute wetten,* die haar grond en doel niet ontleenen aan het eigenlijke rechtsgebied in abstracten zin („contra rationem juris"), en vastgesteld zijn niet uitsluitend met het oog op de personen die dragers dier rechten zijn. Deze wetten kunnen berusten op zedelijke gronden, (bijv.: de polygamie door de *lex fori* verboden) — zij kunnen ook berusten op het algemeene belang (*publica utilitas*) hetzij zij een politiek, een administratief of een economisch karakter dragen.

B. Als voorbeelden noemt von Savigny hiervan op den burgerlijken dood, de slavernij enz.

Ook bij rechtsconflicten omtrent verbintenissen erlangt vreemd recht geen toepassing wanneer het in strijd is met een streng positiven rechtsregel der *lex fori.*

Als voorbeeld hiervan haalt Savigny aan speelschulden, het verkoopen van inschulden beneden haar nominale waarde (*Lex Anastasiana*). Minder gelukkig is zijn aan den woeker ontleend voorbeeld. De rechter, meent Savigny, moet het verbod, om interessen boven het wettelijk vastgestelde maximum te bedingen steeds toepassen „denn der Sinn eines solchen Gezetzes geht „daher, dasz kein unter ihm lebenden Richter seine „Amtsgewalt zur Durchführung eines so unsittlichen, „gemeinschädlichen Unternehmens, wie der wucherliche „Vertrag angesehen wird, anwenden soll".

Het kenteeken, evenwel, waaraan men volgens Savigny prohibitieve Gesetze of rechtsinstituten moet erkennen, is *vrij* onbestemd. — Welke wetten ontleenen haar grond en doel niet aan het rechtsgebied in abstracten zin, *contra rationem juris?* Zijn niet alle wetten gegrond op de *publica utilitas?* Welke *rechtsinstituten* zijn in onzen staat bekend? Het pandrecht b. v. kan in twee landen bekend, maar zoo verschillend geregeld zijn, dat men met twee verschillende rechtsinstituten te doen heeft.

Asser [1]) neemt aan, dat de rechter zijne sanctie niet mag verleenen aan hetgeen de wet van zijn land in strijd acht met *het staatsbelang, de openbare orde* of *de goede zeden,* ofschoon hij een uitzondering aanneemt voor het geval, dat de werking der verboden wet uitdrukkelijk of door den aard harer bepalingen tot het land zelf beperkt is, zooals b. v. de wetten, die een maximum van geoorloofde interessen vaststellen.

Von Bar stelt als algemeenen regel dat: „Das Gericht „niemals dazu dienen darf ein Rechtsverhältniss zu „realisiren welches von den einheimischen Gezetzen „als ein *unsittliches* betrachtet wird."

Ook hier zijn de grenzen te ruim, men zou moeten beginnen met het woord *unsittlich* te omschrijven. — Doch v. Bar vindt (en te recht) dat eene uitbreiding van dezen regel niet te rechtvaardigen is, en al is een

1) Schets v. het Int. Priv. r. pag. 58.

rechtsbetrekking naar de lex fori nietig, als zijnde *unsittlich*, dan moet men deze toch erkennen, wanneer zij niet binnen het gebied van den rechter ten uitvoer wordt gelegd. — Bijvoorb. wanneer in een land waar slavernij geoorloofd is, de meester door zijn slaven eigendom verwerft, daar zal de rechter, in geval de eigenaar in ons land zich op zijn aldus verkregen eigendom beroept, die verwerving als rechtmatig moeten beschouwen.

Westlake [1]) meent dat het er op aankomt om te weten of *the public or moral interests are essential enough to call it* [2]) *into operation.*

D. Dudley Field [3]) bepaalt, dat een overeenkomst, waar die ook moge zijn aangegaan of waar die ook moet worden uitgevoerd met de uitdrukkelijke bedoeling om het wetboek [4]) te schenden, of de wet van een land, dat dit wetboek aangenomen heeft, overal ongeldig is.

Het Institut du Droit International heeft de volgende bepaling aangenomen: Rapport de M. M. *Mancini* et *Asser*: Les lois personnelles de l'étranger „ne peuvent obtenir reconnaissance et effet dans le „territoire soumis à d'autres souverainetés, si elles

---

1) Treatise § 204.

2) Het beginsel namelijk, door W. aldus geformuleerd:
„Where a contract conflicts with what are deemed in England to be essential public or moral interests, it camot be enforced here, notwithstanding that it may have been valid by its proper law."

3) Draft Outl: Art. 605.

4) Namelijk het uniforme wetboek, waarvan Dudley Field een schets geeft en dat door verschillende landen zou worden aangenomen.

„sont en opposition avec le *droit public* et avec *l'ordre* „*public* de ce même territoire."

Het Italiaansch wetboek bevat de volgende bepaling: (Tit. Pr. Art. 12). „Malgré les dispositions des „articles précédents, les lois, les actes, les jugements „passés en pays étranger, pas plus que les dispositions „et les conventions particulières ne peuvent, en „aucun cas, déroger aux *lois prohibitives* du royaume „concernant les personnes, les biens ou les contrats, „ni aux *lois qui intéressent* de quelque manière *l'ordre* „*public* et les *bonnes moeurs*."

Laurent heeft o. i. nog de beste oplossing gegeven ter bepaling van die prohibitieve wetten, die de rechter steeds moet toepassen; men moet, zegt hij, onderscheiden tusschen de rechten die alleen de particuliere belangen van personen raken en de *maatschappelijke* rechten (droit de la société). 1) „Dans les idées moder„nes, la puissance souveraine n'est plus une propriété „donnant au souverain un pouvoir absolu, illimité, „s'etendant à tout; c'est une mission. L'Etat a pour „mission de gérer les intérêts sociaux; les lois qui „réglent ces intérêts donnent un droit à l'Etat, et ce „droit l'emporte sur le droit des individus."

Het bestaan, de instandhouding, de ontwikkeling der maatschappij in den staat hebben een *recht* op bescherming; dit zijn les droits de la société. De wetten

1) Droit civ. Intern. Tom. II n° 187.

der lex fori die tot waarborg strekken van die rechten, zijn prohibitieve wetten, waaraan iedereen, ingezetene of vreemdeling moet gehoorzamen. 1) „Ce serait chose „contradictoire de lui permettre d'opposer à la société, „sous la protection de laquelle il exerce ses droits „d'après sa loi nationale, une loi que l'on suppose „contraire au droit et à l'intérêt de cette société, ce „serait détruire la société, alors qu'il ne peut exercer „ses droits que dans cette société."

Daarentegen bewegen de rechten van individuen, ten opzichte van hunne particuliere belangen, zich in een geheel andere sfeer. De maatschappij heeft er geen belang bij, om zich de regeling dier particuliere belangen aan te trekken, maar laat dit over aan het oordeel, aan den wil van de bijzondere personen; en de toepassing eener vreemde wet, die deze particuliere belangen regelt, levert derhalve hier geen bezwaar op.

Dit criterium, (les droits de la societé) laat aan den rechter de noodige ruimte over om te oordeelen, welke wetten hij als prohibitieve wetten moet beschouwen. Maar in menig speciaal geval zal het uiterst moeijelijk zijn om te zeggen, of eene wet al dan niet de rechten der maatschappij aanrandt. De opvatting die zich een rechter maakt omtrent de droits de la société, zal hemelsbreed verschillen met die van een anderen, en in ver-

1) Tom. II, No. 188.

schillende landen zal dit tot tegenovergestelde toepassingen aanleiding geven.

Niet zonder aarzeling durven wij onze opinie nederschrijven omtrent hetgeen men onder prohibitieve wetten moet verstaan Savigny zelf erkent dat „deren „Gränzen festzustellen vielleicht die schwierigste Auf„gabe in dieser ganzen Lehre sein mag."

Wij zullen eerst in het algemeen trachten na te gaan, onder welke beperkingen in Nederland erkend mogen worden contractueele rechten, verkregen onder de heerschappij eener vreemde wet, om daarvan later in het bijzonder eenige toepassingen te zien.

Art. 14 A. B. luidt: „Door geene handelingen of „overeenkomsten, kan aan de wetten, die op de pu„blieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare „kracht ontnomen worden." In het algemeen zal deze bepaling toepasselijk zijn bij de beoordeeling van internationale rechtsconflicten, maar de gewone verdeeling tusschen aanvullende en dwingende wetsbepalingen, zoo als die in de lex fori voorkomt, kan hier niet alleen tot maatstaf dienen.

Zoo moeten ontegenzeggelijk de bepalingen, die de staat en bevoegdheid der personen regelen, gerangschikt worden onder de wetten die op de publieke orde betrekking hebben. De rechter zou dus deze bepaling als zijnde van dwingenden aard moeten toepassen, en de meerder- of minderjarigheid naar de lex fori moeten beoordeelen.

Zoo behooren de bepalingen omtrent vormen die in acht moeten worden genomen tot de publieke orde. Echtgenooten b.v. mogen zich niet onttrekken aan de bepaling, dat hun huwelijkscontract bij notarieele acte moet aangegaan worden. Wanneer nu twee vreemdelingen in den vreemde een huwelijk hebben aangegaan, zal men dan voor hen ook een notarieele acte eischen? Neen, want volgens het adagium: locus regit actum, wordt de vorm van hun contract beoordeeld naar het land, waar die handeling is verricht, tenzij de wetgever zoo als voor testamenten, uitdrukkelijk voorschrijft om zelfs in het buitenland een bepaalden vorm in acht te nemen (art. 992 Burg. Wetb.).

Voor zoover de wetgever niet reeds *uitdrukkelijk* den rechter naar de toepasselijke wet ter beoordeeling van sommige rechtsvragen heeft verwezen, zooals voor het statutum personale, de formaliteiten enz. blijven er nog andere bepalingen van dwingend recht over, waarbij het twijfelachtig is, of het ook in de bedoeling van den wetgever gelegen was, om die toe te passen op rechtshandelingen, die in het algemeen niet aan zijne wet zijn onderworpen. Bijv.: het verkoopen van eens anders zaak is volgens art. 1507 B. W. nietig, maar wanneer dit tusschen twee personen en in het buitenland geschied is, betreffende eene zaak die zich aldaar bevindt — zal dan de Nederlandsche rechter dat artikel ook op hen mogen toepassen?

Wij gelooven niet, dat hiermede een zoodanig belang

gemoeid is, dat de wetgever een absoluut verbod heeft willen stellen. De rechten van den eigenaar worden er niet door aangetast, hij kan de zaak terug eischen van den kooper en schadevergoeding vragen. Niettemin heeft deze bepaling betrekking op de openbare orde, zoodat twee Nederlanders in een koopovereenkomst in Nederland gesloten daarvan niet hebben mogen afwijken. Maar wanneer het betreft rechten verkregen onder de heerschappij eener vreemde wet, die zoodanig verbod niet kent, dan zou men aan de toepasselijkheid van art. 1507 B. W. mogen twijfelen.

Daarom willen wij liefst, om verwarring te voorkomen, de uitdrukking van art. 14 Alg. Bep. *„goede zeden"* en *„publieke orde"* niet als maatstaf aannemen.

Hoe zal de rechter de bedoeling van den wetgever moeten opsporen, om te weten, of een bepaling der lex fori al dan niet onder de categorie van prohibitieve wetten valt? Hij zal alle bepalingen, die naar zijn oordeel beschouwd kunnen worden als te zijn ingesteld, ter bescherming van het bestaan, de instandhouding en de ontwikkeling van de maatschappij, tot alle welke doeleinden aan de gemeenschap het recht toekomt om op dwingenden wijze tusschen beide te treden als prohibitieve wetten moeten toepassen, maar wanneer de bepalingen zoodanig karakter niet bezitten, dan zal hij ze niet mogen toepassen op rechten onder de heerschappij eener vreemde wet verkregen.

Hier beslist dus niet het belang van enkele inge-

zetenen, maar het belang der geheele maatschappelijke orde. Zoo kan men bij het hierboven aangehaalde voorbeeld van verkoop van eens anders zaak moeielijk aannemen dat het maatschappelijk belang in Nederland vorderde, dat ook zoodanigen koop en verkoop als nietig aangemerkt werd.

Onzes inziens is deze de eenige oplossing in dit zoo moeielijk vraagstuk. De rechter zal zich telkens plaatsen op het standpunt van het in zijn land heerschend rechtsbewustzijn; hij blijft evenwel steeds vrij in de beoordeeling van hetgeen hij beschouwt als strijdig te zijn met het maatschappelijk belang, tot dat door wetten of tractaten bepaald is, in hoeverre sommige speciale bepalingen, die tot moeielijkheden aanleiding kunnen geven, al dan niet beschouwd moeten worden de rechten der maatschappij aan te randen.

Wij spreken liefst niet van publiek recht, omdat *publiek recht* in den regel slechts een beperkte beteekenis heeft. Daaronder worden verstaan de constitutioneele en administratieve wetten, terwijl sommige prohibitieve wetsbepalingen, b. v. het verbod van personeele servituten (vergelijk ook art. 723), niet daaronder vallen, maar wel in de uitdrukking *„maatschappelijke rechten"* begrepen zijn.

Onder deze uitdrukking vallen:

A. *Het publiek recht,* d. i. zoowel het staatsrecht als het administratief recht. Het staatsrecht wijst en bepaalt den grondslag, waarop de staat en de geheele

maatschappij in den staat steunt, en het administratief recht is slechts de nadere uitwerking van de in de constitutie van elken staat vervatte beginselen. In den regel wordt het aanranden van grondwettelijke rechten, het schenden van administratieve bepalingen enz. met straf bedreigd. Alle strafwetten zijn prohibitieve wetten, want deze hebben juist ten doel bescherming der maatschappelijke orde. Voor zoover er geen straf bedreigd is, behooren niettemin daaronder alle wetten van administratieven aard, omtrent fiscus, militie, enz., de wetten betreffende de rechtspleging, vervolgens het volkenrecht. Omtrent dit laatste zou men eenigen twijfel kunnen opperen, maar o. i. zal de rechter als niet geldig mogen erkennen b. v. de overeenkomst van leening ten doel hebbende een opstand te bevorderen tegen een bevriende mogendheid, het contract om sommige goederen, bekend onder den naam van oorlogscontrabande, aan den vijand te leveren enz. Zooals in de vorige gevallen is ook hier het belang der geheele gemeenschap er mede gemoeid: zij heeft derhalve het recht, om niet erkenning van dergelijke overeenkomsten te vorderen.

B. *Goede zeden.* Het bestaan en een gezonde ontwikkeling der maatschappij zijn hiermede nauw verbonden. Maar als vereischte moet men aannemen dat overeenkomsten slechts dan als ongeldig beschouwd mogen worden, wanneer die zoodanig tegen de goede zeden strijden, dat het bestaan en de ontwikkeling der maatschappij er door worde aangerand. Vergelijk

hetgeen wij later zullen zeggen omtrent beursspeculatien, wettelijke beperking van interessen, enz.

C. De bepalingen, voorkomende in het burgerlijk wetboek of in het wetboek van koophandel waarvan de schending maatschappelijke belangen aantast. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling, uitdrukkelijk door den wetgever aangewezen, vinden wij in art. 1370 b. B. W. „Men kan geen afstand doen van eene erfenis, die nog niet opengevallen is." De rechter zal *nooit* hieraan zijne sanctie mogen verleenen. (Vgl. ook art. 1825 B. W. over spel en weddingschap).

Derhalve zullen alle overeenkomsten of rechten, verkregen onder de heerschappij van vreemde wetten, die de onmiddellijke schending van maatschappelijke rechten beoogen, of in strijd komen met de ter bescherming daarvan vastgestelde prohibitieve wetten, voor den Nederlandschen rechter nooit mogen worden afgedwongen.

II. Wij moeten thans de andere vraag bespreken: of de rechter, ook verplicht is vreemde prohibitieve wetten toe te passen, die zijne wet niet kent.

Een overeenkomst of een harer rechtsgevolgen kan geoorloofd zijn volgens de lex fori, maar verboden door een vreemden wetgever, — zal de rechter een zoodanige overeenkomst als niet geldig moeten beschouwen? Het geval zal zich meestal voordoen, bij overeenkomsten die bepalingen van vreemde wetten (als belastingwetten enz.) schenden, en die aldus in dat vreeemd land een schuldoorzaak bij die wet verboden, een *causa illicita,* bevatten, terwijl die oorzaak door de wetten van het land waar de rechter zetelt, niet verboden is.

Savigny, hoewel van meening dat de rechter de wet moet toepassen, waaraan de verbintenis volgens haren aard onderworpen is, neemt een uitzondering aan voor de door hem hierboven genoemde twee categoriën van wetten: de prohibitiven Gesetze von streng positiver zwingender Natur en de Rechts-instituten. Deze vallen buiten de gemeenschap van recht, en zijn derhalve van een abnormale natuur. Hij verwacht dat deze uitzonderingen met de voortgaande rechtsontwikkeling zullen verminderen.

Moet de rechter van den eenen kant deze soort wetten die in zijn land bestaan steeds toepassen, van den anderen kant zal de rechter deze twee categoriën van wetten niet behoeven toe te passen, wanneer zij van een vreemden wetgever afkomstig zijn. Dus, al beschouwt

de lex contractus een overeenkomst als nietig, een andere rechter behoeft zich daaraan niet te storen, zoo lang zijne lex fori dezelfde nietigheid niet voorschrijft. Bijv. wanner de lex fori geen wettelijke beperking van intrest kent, dan zal de rechter de gevraagde interessen mogen toewijzen, al is dit verboden door de wet die zoodanig beding beheerscht.

De positieve toepassing der prohibitieve wetten der lex fori, zegt hij, brengt consequent hare negatieve toepassing mede. Overigens, zegt hij, berust de toepassing eener vreemde wet op de vrije keuze, de vrijwillige onderwerping der partijen aan die wet, en men kan toch moeielijk veronderstellen, dat partijen zich aan een wet hebben willen onderwerpen, die juist hunne verbintenis nietig verklaart.

Maar zoo als blijkt uit § 372 [1]) schijnt Savginy te veronderstellen, dat een dergelijke verbintenis dan toch geldig moet zijn naar de *lex domicilii.*

De stelling, zegt hij, dat onder meer denkbare plaatselijke rechten, die toegepast kunnen worden, men die moet toepassen, volgens welke de rechtsbetrekking „am besten aufrecht erhalten wird," laat zich zoo in het algemeen niet rechtvaardigen, tenzij in het volgende geval, namelijk: „Wenn die Anwendung der „oben aufgestellten Regeln dahin führen würde, den „Vertrag einen örtlichen Recht (etwa des Erfüllungs-

1) Syst. d. heut Rom. Reeht.

„ortes) zu unterwerfen, nach welchem er ungültig „sein würde, anstatt dasz er nach dem Rechte des „Wohnsitzes gültig wäre, so ist gewisz nicht zu ver„muthen, dasz sich die Parteien einem ortlichen Recht „haben unterwerfen wollen, das mit ihrer Absicht „völlig im Widerspruch stände" [1]).

Dus hij veronderstelt hier dat partijen zich dan hebben willen onderwerpen aan de wet van het domicilie, die rechtskracht aan hare verbintenis verleende.

Een dergelijke bepaling vinden wij in de Duitsche wisselwet en de Scandinavische wisselwet § 85 [2]).

Von Bar meent, dat wanneer een verbintenis is aangegaan op een plaats, waar deze als nietig wordt aangemerkt, dat dan deze overal als zoodanig moet worden beschouwd omdat voor hare geldigheid vereischt wordt, dat zij aangegaan zij met inachtneming van den *vorm* op die plaats voorgeschreven; zijns inziens, bestaat er nu volgens de lex loci geen *vorm*, waarin een zoodanige verbintenis op geldige wijze kan worden aangegaan. Partijen hebben dus den regel *locus regit actum* niet in acht kunnen nemen.

Asser in zijn Schets [3]) critiseert terecht deze redeneering. Als voorbeeld haalt hij aan het verbod (art. 421 Code Pénal) om staatspapieren te verkoopen,

---

1) § 372 C. aant.

2) Vgl. de Scandinavische wisselwet vergeleken met het Duitsche, het Nederlandsche en het Belgische Wisselrecht door Mr. T. M. C. Asser.

3) Schets van het Intern. priv. Recht I § 3 p. 95.

welke zich tijdens den verkoop niet in het bezit van den verkooper bevinden. Wanneer ter beurze van Parijs eene dergelijke affaire tot stand komt, dan kan men niet zeggen, dat de wet daarvoor geenen vorm bepaalt: Immers, de handeling valt onder het bereik van Art. 109 van den Franschen Code de commerce (betreffende de achats et ventes in den handel); het is een koop en verkoop, waaraan echter, om bijzondere redenen, door de wet geen rechtsgevolg wordt toegekend. 1)

Von Bar kent ook een uitzondering op zijn regel, dat een nietige verbintenis volgens de Lex loci overal als zoodanig moet worden beschouwd, n.l. voor het geval dat partijen zich toevallig in een land bevinden dat aan haar verbintenis geen rechtskracht verleent, terwijl de wet van het domicilie de geldigheid harer verbintenis erkent.

En te recht, want in dit geval is het niet de lex loci, maar de wet van het domicilie van beide partijen, die in het algemeen de verbintenis beheerscht. De geldigheid moet dus naar deze wet worden beoordeeld.

Voor het geval dat de uitvoering der verbintenis verboden mocht zijn door de lex loci executionis, meent von Bar, dat niet alleen de rechter van het land waar de verbintenis moet worden uitgevoerd, maar ieder ander rechter een zoodanige verbintenis als nietig moet aan-

1) Vgl. wat hieronder over *tijdaffaires* gezegd wordt.

merken, want door iemand te veroordeelen tot uitvoering eener handeling, door die wet verboden, schendt de rechter het recht van dien Staat waar de uitvoering moet geschieden.

Asser, [1]) merkt daarentegen te recht op dat de zoogenaamde „*zwingende Gesetze*" bestemd zijn op tweeërlei wijze te werken, als beperking namelijk van de bevoegdheid des rechters, maar tevens als *beperking van de vrijheid der individuën binnen de grenzen van den staat, waar die wetten gelden.*

De verbintenis dus, op het grondgebied van dien staat aangegaan, in strijd met bedoelde wetten, moet als niet geldig worden beschouwd, en de toevallige omstandigheid, dat later over die verbintenis een proces ontstaat voor den rechter van een land, dat andere wetten heeft, kan haar niet de rechtskracht verleenen, die zij a priori miste.

Dudley Field neemt in art. 602 en 604 [2]) aan, dat „a contract as to its validity", beoordeeld moet worden naar de lex loci contractus. Overeenkomstig zijn principe spreekt hij niet van de nationale wet der partijen. Deze alleen mag over de geldigheid der overeenkomst beslissen, wanneer het personen van dezelfde nationaliteit betreft.

Indien de uitvoering der verbintenis verboden is door de lex loci executionis geldt art. 604. „A contract where made or to be performed, which is for-

1) Schets v. het Int. Privaatrecht pag. 57.

2) Draft outl. of an Int. Code.

bidden by an express provision of the law of any nation, within whose juridiction, it is agreed to be wholly or in part performed, is unlawful every where so far as it relates to the prohibited performance."

Westlake (A Treatise 820) „A contract which is illegal by its proper law cannot be enforced."

Andere schrijvers bespreken in den regel niet de vraag in hoeverre de rechter vreemd dwingend recht moet toepassen.

Onzes inziens zal de rechter en dus ook de Nederlandsche rechter in het algemeen ook moeten letten op bepalingen van dwingenden aard, afkomstig van een vreemden wetgever. — Dat hij daartoe bevoegd en derhalve verplicht is, meenen wij op de volgende gronden te mogen aannemen. Wij ontmoeten hier dezelfde onderscheiding, waarop wij zoo even gewezen hebben. Soms gebiedt de wetgever *uitdrukkelijk* de toepassing van zoodanige de bepalingen zooals b. v. in art. 7 Alg. Bep. waar omtrent onroerende goederen, de rechter verwezen wordt naar de wet van de plaats, waar die gelegen zijn. (Vgl. ook art. 6 en 10 Alg. Bep. omtrent capaciteit en formaliteiten). Wetsbepalingen betreffende onroerende goederen als zakelijke rechten, enz. zijn van dwingenden aard. De wetgever neemt derhalve als beginsel aan dat dergelijke bepalingen ook door zijne rechters moeten worden toegepast. Zoude hij dergelijke toepassing alleen heb-

ben willen beperken tot de door hem *uitdrukkelijk* aangewezen bepalingen?

Wij meenen dat men geheel en al ten onrechte zou beweren dat uit het stilzwijgen onzer wet, omtrent de toepassing van andere vreemde dwingende wetsbepalingen, zoude volgen dat de rechter dit niet zou mogen doen.

Het moet blijkbaar in de bedoeling van den wetgever gelegen hebben om in het algemeen de geldigheid der overeenkomst naar de lex contractus te beoordeelen.

De verbintenis uit overeenkomst ontleent immers haar bestaan en rechtskracht *niet* aan de *lex fori*, maar aan de *lex contractus*, waaraan binnen ons grondgebied, volgens het door alle beschaafde volkeren aangenomen beginsel, rechtskracht wordt toegekend. Indien men zou aannemen, dat die verbintenis of die reeks rechten en verplichtingen aan de lex fori haar bestaan en rechtskracht ontleende, dan zouden ook uit die lex fori rechten en verplichtingen voortvloeien, die de lex contractus niet medebrengt. Dit zou evenwel strijden met de bepalingen van den eigen wetgever, die partijen vrij laat in de regeling harer private belangen en derhalve ook in de keuze der wet, die, naar haren wensch, het best de overeenkomst en hare rechtsgevolgen regelt. Partijen hebben, ten einde elkander die rechten toe te kennen of die verplichtingen op te leggen, welke alleen de lex contractus medebrengt, zich noodzakelijkerwijze

moeten onderwerpen aan de voorwaarden, waaronder die rechten en verplichtingen rechtskracht erlangen.

Indien men derhalve partijen vrij laat in het bedingen van rechten en verplichtingen, dan moet men als een conditio sine qua non ook toelaten de werking der vreemde wet, krachtens welke die rechten en verplichtingen ontstaan.

Is volgens de lex contractus geen geldige overeenkomst ontstaan, dan is die overal ongeldig.

De rechter zal dus in het algemeen ook de dwingende wetsbepalingen der lex contractus moeten toepassen, maar ook hiervoor bestaat een grens buiten welke de rechter niet meer bevoegd is dit te doen. Deze grens zal dezelfde zijn als de hierboven aangegevene. Dat vreemd dwingend recht zal niet in strijd mogen zijn met prohibitieve of imperatieve wetten, het zal de maatschappelijke rechten niet mogen aanranden. Het geval immers dat een vreemde wetgever handelingen *verbiedt*, ter wille van het maatschappelijk belang, terwijl een andere wetgever juist diezelfde handelingen *toelaat*, ter wille van zoodanig belang, is best mogelijk. In sommige landen bijv., bestaat beperking van de vrijheid van drukpers. In dat land is er een overeenkomst gesloten met een uitgever, ter uitgifte van een blad, in dat land, op *politieke gronden*, verboden; de overeenkomst heeft derhalve volgens de wetten van dat land eene ongeoorloofde oorzaak. De uitgever komt nu zijne verplichtingen niet na, — zal

hij zich bij den Nederlandschen rechter mogen beroepen op de ongeldigheid dier overeenkomst? Neen, want een *zoodanige* verbodsbepaling van dien vreemden wetgever, strijdt met de in ons land erkende vrijheid van drukpers, ten minste met de in ons land erkende politieke vrijheid. De rechter is niet bevoegd, aan dat verbod van een vreemden wetgever zijne sanctie te verleenen.

Bestreden is de vraag of de rechter de verjaringstermijnen van vreemde landen moet toepassen. De rechter zal hier moeten uitmaken of de termijnsbepalingen der *lex fori* omtrent verjaring, onder prohibitieve wetten der *lex fori* behooren te worden gerangschikt.

Voor zoover derhalve die dwingende wetsbepalingen der *lex contractus* niet in strijd komen met prohibitieve of imperatieve wetten, zal de rechter die moeten toepassen. Consequent volgt hieruit ook dat men voor den Nederlandschen rechter de vernietiging van, volgens de *lex contractus*, ongeldige overeenkomsten zal mogen vragen.

De overeenkomst kan ongeldig zijn, zoowel op grond dat zij niet beantwoordt aan *formeele* vereischten, door de *lex contractus* voorgeschreven, bijv. wanneer op straffe van nietigheid is voorgeschreven dat sommige overeenkomsten op *gezegeld* papier moeten worden gebracht, als op grond dat zij aan *materieele* vereischten, door die wet voorgeschreven, niet voldoet b.v. wanneer de schuldoorzaak verboden is door een strafbepaling, die in onze strafwet niet voorkomt.

Wij hebben steeds van de dwingende wetsbepalingen der *lex contractus* gesproken. Het geval kan zich voordoen, dat een overeenkomst geoorloofd is èn volgens de *lex contractus* èn schijnbaar ook volgens de *lex fori*, maar verboden is b.v. door de lex loci executionis. Twee Belgen b.v. zijn overeengekomen goederen te smokkelen in Duitschland, terwijl de Nederlandsche rechter kan worden ingeroepen om over hunne vordering of eene die daarmede onmiddellijk in verband staat, te oordeelen; — hier is de verbintenis alleen verboden door de Duitsche wet, het land van uitvoering. De rechter zal o. i. de schending van vreemde belastingwetten nooit als een geoorloofde oorzaak mogen beschouwen. Vgl. hetgeen wij hieromtrent zullen aanmerken bij contrabande enz.

Wij gaan thans over tot de toepassing op eenige bijzondere gevallen, die tot moeielijkheden aanleiding kunnen geven en wij zullen ons telkens op dit dubbele standpunt plaatsen namelijk: of de rechter een overeenkomst al dan niet als strijdig met de prohibitieve wetten der lex fori moet beschouwen, en ten tweede of hij bepalingen van dwingenden aard afkomstig van een vreemden wetgever, al dan niet moet toepassen.

Bijzondere toepassingen.

Contrabande, en in het algemeen het ontduiken van belastingwetten.

Het ontduiken van belastingwetten van het land van den rechter is een strafbaar feit volgens de lex fori, en het spreekt van zelf, dat een rechter nooit zijn tusschenkomst zal verleenen, om iemand tot het uitvoeren eener verbintenis te dwingen, die rechtstreeks de schending der fiscale wetten van zijn land tot grondslag heeft.

De Nederlandsche strafwet bevat evenwel geen bepalingen tegen het ontduiken van de belastingwetten van vreemde staten; nu is het de vraag of de Nederlandsche rechter ongeldig moet verklaren de verbintenis van twee personen, die overeengekomen zijn om goederen, bijvoorb. in Duitschland binnen te smokkelen. Moet de Nederlandsche rechter de uitvoering dezer verbintenis beschouwen als ongeoorloofd omdat zij gegrond zou zijn op eene *illicita causa?*

De opinies der schrijvers loopen hier uiteen. Sommigen als Valin, Emerigon, en uit lateren tijd Massé, Pardessus enz. meenen, dat een dergelijk feit volkomen geoorloofd is, al heeft het ten doel schending eener vreemde wet.

Er bestaat geen reden, zegt Valin, om bijvoorbeeld aan een Nederlander te verbieden door contrabande

handel te drijven, in die zaken die volgens de wet van een vreemd land contrabande zijn; de Nederlander is geen onderdaan van dat land, derhalve is hij ook niet verplicht om de fiscale wetten te eerbiedigen, die de wetgever van dien staat heeft gelieven uit te vaardigen.

Doch men moet zich hierbij niet afvragen, of een Nederlander onderworpen is aan de Duitsche strafwet, maar of dergelijke handel op zich zelf niet strijdig is met de goede zeden. Het drijven van contrabandehandel kan toch moeielijk als een moreele handeling worden aangemerkt. Tusschen het bestelen van den staat, en het bestelen van een particulier bestaat uit moreel oogpunt geen verschil. De staat heeft voor zijnen werkkring gelden noodig die hij mag vorderen op de wijze zooals hij het best oordeelt; wie hem die gelden ontrooft begaat een diefstal. Al levert dit geen misdrijf op, dat door onze wetten met straf bedreigd wordt, het blijft niettemin een ongeoorloofde daad.

Overigens is de onmiddellijke schending eener vreemde wet geen onverschillige daad, want de souvereiniteitsrechten van dien anderen staat worden er door aangetast, en aan den rechter mag het niet vrijstaan om deze al of niet te eerbiedigen. In deze tijden waarin alle staten het zich tot een plicht rekenen zooveel mogelijk alle misdrijven te bestraffen en daarin een gemeenschappelijk belang zien, zou het ook inconsequent zijn, dat de rechter zijn hulp verleende tot het drijven van con-

trabande-handel, door de verbintenis daarop betrekking hebbende als geldig te beschouwen, door de vordering dezer soort van dieven, die reeds buiten het bereik der nationale strafwet vallen, toe te wijzen als zijnde gegrond op recht en billijkheid.

Te vergeefs hebben Pardessus en Massé hunne leer trachten te verdedigen „La contrabande, zegt Pardessus, [1]) est un délit seulement pour les sujets qui „violent les lois de leur pays; à cet égard, les gouver„nements vivent dans un état d'hostilité permanente, „et sans favoriser ouvertement les entreprises des con„trebandiers, ils ne les proscrivent pas."

Wij kunnen niet inzien, waarom de Staten in dit opzicht in een permanente vijandschap leven en in alle geval rechtvaardigt dit niet de schending der zedelijke wet, die diefstal en bedrog veroordeelt.

Massé beschouwt de zaak uit een economisch oogpunt en als een represaille. „La contrabande" zegt hij, [2]) „rétablit entre les rapports commerciaux une balance „qui serait continuellement rompue si une nation trop „scrupuleuse s'abstenait d'un commerce interlope que „se permettent les étrangers."

Maar het gaat toch niet aan om ter wille van een economisch principe een misdrijf te rechtvaardigen.

De economie bestrijdt wel is waar ter wille van den vrijen handel alle beschermende invoerrechten, maar men

1) Droit comm. No. 1482.
2) Droit comm. T 1e N°. 568.

kan niet zeggen dat zij de schending dier wetten predikt dat de smokkelaars, door deze te overtreden, als het ware de *apostels* van den vrijen handel zijn.

Een dergelijke leer, dat contrabande in het buitenland als een geoorloofde oorzaak eener verbintenis kan beschouwd worden, die reeds in de jurisprudentie van Frankrijk, Engeland en Amerika was doorgedrongen, telde ook ten alle tijden haar bestrijders. (Vgl. Pothier contr. des assur. N° 58 en anderen.)

De hedendaagsche schrijvers veroordeelen bijna eenstemmig de contrabande in den vreemde, die nog slechts door de jurisprudentie in sommige landen wordt erkend. Demangeat [1]) ziet daarin een schending van de goede trouw en van het volkenrecht.

Von Bar [2]) zegt: „Es kommt hinzu, dass die Uebertretung fremder Zollgesetze selten möglich sein wird ohne eine Täuschung der Zollbehörden, welche als anständig nicht betrachtet werden kan."

Mohl [3]) zegt, dat indien men handel in contrabande rechtvaardigt op grond dat dit eenig voordeel aanbrengt, op dien grond evenzeer diefstal, moord, bedrog enz. in den vreemde beschermd zou moeten worden.

Brocher voegt er nog bij, dat het toelaten van dergelijken handel zelfs gevaarlijk kan zijn voor de openbare orde in den Staat zelven, die dit toelaat, omdat het aan

---

1) Aant. op Foelix T. I. Pag. 236.
2) § 67.
3) Staatsrecht Völkenrecht I. S. 724 e. v.

de grenzen een klasse van menschen uitlokt, die voor dien Staat gevaarlijk kunnen zijn.

Ja, zelfs de Engelsche en Amerikaansche schrijvers en aan hun hoofd Kent en Story verklaren zich tegenstanders der internationale contrabande.

Overeenkomsten derhalve, die hare oorzaak ontleenen aan het ontduiken van vreemde invoerrechten, als het aangaan van een vennootschap met dat doel, het sluiten van eene verzekering tegen het gevaar dat die goederen waarin de handel verboden is geconfiskeerd zullen worden, zullen nooit grond mogen opleveren om bijv. de gerealiseerde winsten, de assurantie premie enz. in Nederland voor den rechter te vorderen.

Dit geldt insgelijks voor alle andere overeenkomsten, die onmiddellijk in verband staan met de verboden uitvoering en deze bevorderen, bijv. het aangaan van een vrachtcontract, mits de vervoerder aan het verborgen houden dier gesmokkelde goederen hebbe deelgenomen.

Soms is het moeielijk om te weten, of overeenkomsten al of niet deel uitmaken van die ongeoorloofde handelingen. Story [1]) haalt verschillende voorbeelden hiervan aan; wij ontleenen aan hem het volgende: Een Franschman verkoopt in Frankrijk aan een Engelschman goederen, waarvan hij weet dat zij in Engeland zullen gesmokkeld worden. Is deze koopovereenkomst geldig?

---

1) § 251.

Ja, tenzij het smokkelen van goederen een bestanddeel hunner overeenkomst is of tenzij de verkooper daaraan medeplichtig is door bijv. die goederen op bijzondere wijze in te pakken. In een analoog geval oordeelde evenwel de Court of Kings-Bench, dat iemand die aan een brouwer drogerijen verkocht had, wetende dat zij gebruikt zouden worden om bier te vervalschen in strijd met de wet, niet toegelaten kon worden om den prijs voor het verkoopen daarvan te vorderen.

Dergelijke vragen behooren evenwel niet tot het internationaal privaatrecht en wij kunnen die dus met stilzwijgen voorbijgaan.

Hetzelfde beginsel omtrent contrabande moet o. i. ook gelden voor de schending van andere belastingwetten, b.v. die betrekking hebben op de in vreemde landen bestaande monopolies tot het vervaardigen van zout, tabak, enz.

Wanneer handelingen onder bereik dier vreemde fiscale wetten vallen, zal de Nederlandsche rechter dezelfde burgerlijke rechtsgevolgen daarop moeten toepassen, die men in dat land daaraan hecht. Is b. v. nietigheid gesteld op het verkoopen van zout enz , dan zal de rechter een dergelijke overeenkomst als *niet geldig* moeten aanmerken. Gewoonlijk zal het verkoopen van zout in dat land slechts kunnen geschieden met inachtneming van zekere voorgeschrevene bepalingen (formaliteiten). Hebben partijen hieraan niet voldaan, dan zou men reeds wegens het verzuim daarvan, de overeenkomst als nietig moeten aanmerken.

Speelschulden. Loterijen.

De wetgever beschouwt de handeling waarbij men zijn vermogen afhankelijk stelt van een bloot toeval, als geen voldoende oorzaak om daaraan een actie te verbinden.

De noodlottigste gevolgen zijn hiervan voor de maatschappij te verwachten.

Een overeenkomst, voortspruitende uit zuiver spel en weddingschap, strijdt zoodanig tegen de goede zeden, dat de maatschappij er belang bij heeft, dat dergelijke verkregen rechten niet gehandhaafd worden.

Maar ook omgekeerd zal de rechter in het vrij onwaarschijnlijke geval, dat zijne nationale wet de geldigheid van speelschulden erkent, geen vordering uit spel en weddingschap mogen toestaan ter zake van een zoodanige verbintenis door de Nederlandsche wet beheerscht.

Die verbintenis is van den beginne af van een rechtsvordering verstoken geweest, en kan deze niet verkrijgen, omdat die vordering toevallig bij dien vreemden rechter aanhangig wordt gemaakt. De vreemde rechter zal een dergelijke bepaling mogen toepassen, want het is moeielijk aan te nemen, dat het *toelaten* eener dergelijke rechtsvordering in 't land van dien rechter, op grond van een maatschappelijk belang, geboden werd.

Een eigenaardige toepassing van dit beginsel komt voor bij *loterijen*. In vele Europeesche Staten, o. a. in Nederland, zijn loterijen verboden, tenzij die goed-

gekeurd zijn door het hoofd der regeering of door het hoofd der gemeente.

Wanneer nu met betrekking tot buitenlandsche loterijen een twist ontstaat over betaling van den koopprijs van het lot of over de uitbetaling van den op het lot gevallen prijs, terwijl de Nederlandsche rechter geroepen wordt om hierover te oordeelen, zal hij dan een dergelijke verbintenis als ongeldig moeten beschouwen?

Wij meenen dat hier, evenals bij spel en weddingschap, een zoodanig maatschappelijk belang in het spel is dat de rechter nooit zijn tusschenkomst zal mogen verleenen om b. v. den agent van een buitenlandschen handelaar in loterijen te dwingen tot betaling van den uitgeloten prijs, noch den kooper van het lot tot betaling van den koopprijs. Het koopen en verkoopen van loten wordt daarenboven door de wet van 22 Juli 1814 met straf bedreigd. Men zal ook voor den Nederlandschen rechter steeds vernietiging van een dergelijke overeenkomst kunnen vragen, zelfs wanneer de wet die de overeenkomst beheerscht haar geldigheid erkent. Zoo meent ook Massé [1]) in overeenstemming met een arrest van het hof van cassatie van 25 Juni 1829 [2]) dat een Franschman in Frankrijk niet mag worden veroordeeld tot betaling van den koopprijs van het lot, al is die overeenkomst gesloten in een land waar dit geoorloofd was. Daaren-

1) Droit comm. N° 570.

2) Sirey 1829 II 34.

tegen veroordeelde de rechtbank van New-York, waar ook een dergelijk verbod bestaat, den kooper tot betaling van den koopprijs van een loterij briefje, gekocht in Kentucky, waar het verkoopen daarvan geoorloofd is. Fiore geeft aan dit laatste oordeel de voorkeur, zonder dit nader te rechtvaardigen.

De bedenking dat een dergelijk verbod alleen geldt voor het land, waarin het gegeven is, is minder juist.

Een wetgever kan, dikwijls handelingen die buiten zijn land worden verricht, niet verbieden, maar hij mag wel zijn rechter beletten om rechtsgevolgen toe te kennen aan handelingen, die hij als strijdig met de goede zeden beschouwt. En er bestaat geen reden om aan te nemen dat de wetgever loterijen in zijn land als eene onzedelijke daad, maar in het buitenland als een zedelijke daad zou hebben beschouwd.

Maar omgekeerd — zou een vreemde rechter moeten letten op deze bepaling van den Nederlandsche wetgever? Zoowel de Nederlandsche ingezetenen, als de agent van een buitenlandschen handelaar in loterijen behooren te weten dat dergelijke overeenkomsten door de Nederlandsche wet verboden zijn, dat deze derhalve niet geldig zijn. De vreemde rechter mag aan die overeenkomst niet een rechtsbestaan geven, dat zij nooit gehad heeft en een dergelijke verbodsbepaling van den Nederlandschen wetgever kan in het land, waar de rechter zetelt, niet beschouwd worden, als

in strijd te zijn met prohibitieve wetten, en stoornis te brengen in het bestaan en de ontwikkeling der maatschappij.

Tijd affaires. (Koop en verkoop op rescontre).

Hieronder verstaan wij sommige beursaffaires, waarbij soms niet werkelijk verkocht of gekocht wordt, maar waarbij men alleen het oog heeft op een toekomstige rijzing of daling van effekten of andere waren, en waarvan later (op een bepaalden termijn) het nadeelig of voordeelig saldo verrekend wordt. Zij zijn bekend onder de benamingen van *in blanco verkoopen, in den wind gaan, Differenz geschäften, marchés à terme,* of *a prime, marchés fermes enz.*

Ten opzichte hiervan kunnen zich vooral met betrekking op de Nederlandsche wet conflicten van wetgevingen voordoen. Immers in bijna alle Europeesche landen zooals in Duitschland, Engeland, België en in Frankrijk sinds 28 Maart 1885 [1]) wordt de geldigheid van tijdaffaires erkent, en wordt ten opzichte daarvan de exceptie van spel en weddingschap niet toegelaten,

1) Tekst der Fransche wet van 28 Maart 1885 (Bull. Off. 912 n° 15251.)

Art 1er Tous marchés à terme sur effets public et autres; tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux.

Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 c. civ, lors même qu'ils se résoudraient par le payement d'une simple différence.

Art. 2 Les art. 421 et 422 c. pén. sont abrogées.

Volgt afschaffing van andere vroegere ordonnanties.

terwijl in Nederland een zoodanige affaire van een rechtsvordering verstoken is op grond van 1825 Burgerlijk Wetboek, dat aan schulden terzake van spel en weddingschap geen actie toekent, en daarboven strafbaar, op grond van art. 419, 421, 452 Code Pénal. Als curiositeit vermelden wij dat art. 419 Code Pénal gevangenisstraf van minstens een maand tot ten hoogste een jaar, een boete van *f* 250 tot *f* 5000 bedreigt tegen allen „die door eenigerhande bedriegelijke wegen of middelen, het steigeren (*sic*) of vallen der waren of koopmanschappen, of openbare papieren en effekten, boven of beneden den prijs waarop de natuurlijke en vrije trek van den koophandel dezelve gebracht zou hebben, bewerkt of veroorzaakt heeft. — Art. 421 bedreigd dezelfde straf voor „weddingschappen van dezen aard. Art. 422 „Daaronder zal gerekend worden, alle overeenkomst om openbare effecten te verkoopen of te leveren die door den verkooper niet bewezen zullen worden, ten tijde van de overeenkomst, ten zijner beschikking geweest te zijn, of ten tijde van de levering tot zijne beschikking te hebben moeten komen. [1]"

Zal de rechter deze bepalingen moeten toepassen op buitenlandsche overeenkomsten?

Voor zoo verre die affaires vallen onder de bepalingen der strafwet, zal de Nederlandsche rechter die

---

1) Hollandsche vertaling van ons wetb. van strafrecht.

als ongeldig moeten beschouwen. Men moet hierbij aannemen, dat de wetgever door die strafbepalingen de maatschappelijke orde heeft willen beschermen.

Maar zal de rechter mogen toelaten dat de exceptie van 1825 B. W. worde opgeworpen? Hij zal daaromtrent hetzelfde kunnen beslissen als ten aanzien van dergelijke contracten in Nederland door landgenooten gesloten. Hij zal Art. 1825 B. W. moeten toepassen, wanneer naar omstandigheden blijkt dat het de bedoeling van partijen was, eene zuivere weddingschap op hoogere of lagere toekomstige koersen aan te gaan. Het bewijs eener dergelijke bedoeling kan worden ontleend aan het feit dat het voor partijen met betrekking tot den omvang der affaire en haar vermogen, geen mogelijkheid bestaan heeft om werkelijk de stukken te leveren of den prijs te betalen. Daarentegen zal hij de toepassing van art. 1825 moeten verwerpen, wanneer blijkt, dat partijen ernstig een overeenkomst van koop en verkoop hebben willen sluiten met het beding om later de waar te leveren, wat volkomen geoorloofd is. Sommigen meenen dat men, op grond van het gebruikelijk beding, dat de kooper steeds vóór den bepaalden (rescontre) termijn levering der stukken mag eischen, steeds moet aannemen dat partijen een ernstigen koop en verkoop op het oog hebben gehad.

Zal omgekeerd een vreemde rechter deze bepalingen van den Nederlandschen rechter moeten eerbiedigen? Ja, voor zoover zij werkelijk ten doel hebben be-

scherming der maatschappelijke orde, n.l. door het tegengaan van spel en weddingschap, maar zoo ver zij haren grond ontleenden, aan vooroordeelen, reeds lang door de economie veroordeeld, en die een geregeld verkeer en een gezonde ontwikkeling der maatschappij belemmeren, zal hij op dergelijke bepalingen niet behoeven te letten.

Cessie.

Bij verkoop van inschulden gaat in Frankrijk de eigendom tusschen partijen over door *blooten consensus* zonder levering, maar ten aanzien van derden, zooals de debiteur, de tweede cessionaris, de schuldeischers van den verkooper (cessans) enz, is de cessionaris nog geen eigenaar, dan nadat de overdracht is beteekend aan den schuldenaar of schriftelijk door hem is aangenomen. De cessans blijft eigenaar der vordering, totdat aan deze formaliteit is voldaan; de schuldenaar moet aan den cessans betalen, de cessans mag die vordering weer op nieuw verkoopen, en zijne schuldeischers hebben steeds een recht op die vordering.

In Nederland (B. W. art. 668 b. j° 1576 enz.) wordt voor eigendomsoverdracht van schuldvorderingen *op naam* tusschen partijen en ten aanzien van derden, behalve den schuldenaar, vereischt een schriftelijke akte, maar ten aanzien van den schuldenaar (art. 668. b, B. W.) wordt beteekening of schriftelijke

aanneming vereischt. Dus, al heeft die formaliteit van beteekening nog niet plaats gehad, de cessans mag aan een tweede cessionaris de vordering niet meer op geldige wijze verkoopen, de schuldeischers van den cessans hebben geen recht meer op die vordering; de schuldenaar daarentegen is, zoolang hem de overdracht niet is beteekend of zoolang hij die niet schriftelijk heeft erkend, op een voldoende wijze bevrijd, indien hij aan den verkooper (cessans) de schuld heeft voldaan.

In het algemeen zijn alle wetsbepalingen waardoor rechten van derden worden beschermd, prohibitieve wetten. De rechter zal niet mogen dulden, dat daarop inbreuk worde gemaakt en derhalve de aanspraak van derden naar de lex fori beoordeelen, de formaliteit voor eigendomsoverdracht zal echter, voor zoover deze alleen betrekking heeft op de verhouding van partijen onderling, beoordeeld moeten worden naar de wet van het land waar de handeling heeft plaats gehad.

Wanneer dus een Franschman in Frankrijk aan een Nederlander eene vordering overdraagt, dan is er tusschen partijen geen schriftelijke akte noodig om tusschen haar eigendom te doen overgaan.

Daarentegen zullen *derden,* behalve de debiteur, zich voor den Nederlandsche rechter niet op eene overdracht mogen beroepen, dan wanneer er eene schriftelijke akte is verleden, maar zij mogen zich wel daarop beroepen nog voor dat er een beteekening aan den

schuldenaar heeft plaats gehad; ten aanzien van den debiteur echter zal de overdracht niet geldig zijn dan na de beteekening.

Omgekeerd, wanneer een Nederlander in Nederland aan een Franschman eene schuldvordering overdraagt, moet de overdracht, ook voor den Franschen rechter, schriftelijk zijn geschied, en voor dezen zullen derden zoowel debiteur als anderen, zich niet eerder op de overdracht mogen beroepen, dan na beteekening aan den schuldenaar. Fiore [1]) meent dat men de verhouding tusschen cessans en cessionaris moet beoordeelen naar de wet van den schuldeischer, daarentegen de verhouding tusschen cessionaris en derden naar de *wet van den debiteur*.

Aansprakelijkheid van huurders en van vervoerders.

Volgens art. 734 van den Franschen code zijn alle huurders hoofdelijk aansprakelijk voor brand.

Art. 1590 van het Italiaansche Wetboek verwerpt de *hoofdelijke* aansprakelijkheid van huurders.

Het Ned. Burg. Wetb. (art. 1601) bevat nog gunstigere bepalingen voor den huurder, want deze is niet verantwoordelijk voor brand, tenzij de verhuurder mocht bewijzen, dat die door den schuld van den huurder is veroorzaakt.

Aangezien overeenkomsten omtrent onroerende goe-

1) Dir. int. priv. n° 341, 342.

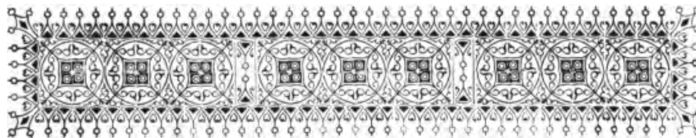
deren meestal naar de *lex rei situs* moeten worden beoordeeld, en deze wet dus die overeenkomsten beheerscht, zal men dergelijke aansprakelijkheid meestal naar die wet moeten beoordeelen. Overigens heeft men hier eerder te doen met eene *obligatio quasi ex delicto.* — Zoo zal de Nederlandsche rechter niet mogen eischen dat bij eene door het Fransche recht beheerschte huurovereenkomst, de verhuurder eerst overeenkomstig art. 1601 B. W. bewijze, dat de brand ontstaan is door den schuld van den huurder. — Een dergelijke bepaling van den vreemden wetgever is onzes inziens niet in strijd met onze prohibitieve wetten.

Het beding van beperkte aansprakelijkheid bij vervoer, voor beschadiging of verlies der goederen zal, bij een door een vreemde wet beheerscht vrachtcontract, die dit veroorlooft, ook voor den Nederlandschen rechter mogen worden ingeroepen, niettegenstaande art. 91, 345, 522, Wetboek van Koophandel. Daarentegen zal het beding van *geheelè* ontheffing van aansprakelijkheid voor eigen schuld, voor den Nederlandschen rechter krachteloos moeten zijn.

Beperking van het bedrag der Interessen.

Wij hebben reeds vroeger gezien en bevonden, dat men bij de beoordeeling van de hoegrootheid der interessen, te letten heeft op de interessen gebruikelijk in het land waar het kapitaal besteed wordt. In den

rechter te doen heeft met een bepaling van een vreemden wetgever, welke in zijn land kan beschouwd worden als zoo weinig in overeenstemming met de gezonde begrippen van het vrije verkeer en derhalve strijdig met de vrije ontwikkeling der maatschappij, dat hij ook mag aannemen dat zijn wetgever nooit de bedoeling kan gehad hebben eene dergelijke bepaling van den vreemden wetgever te doen toepassen.



APPENDIX.

Onder het afdrukken kwam mij in handen het rapport der Staats-commissie tot herziening van het Belgische burgerlijk wetboek. Wij voegen hierbij het art. 7 der Algemeene Bepalingen, handelende over internationale rechtsconflicten, omtrent verbintenissen uit overeenkomst, met de daarbij behoorende toelichting der commissie.

Opmerking verdient de bepaling, dat partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend zich slechts mogen onderwerpen aan de lex loci contractus, aan de nationale wet van eene van beide, of aan de wet, waar de verbintenis moet worden uitgevoerd.

Article 7

Les obligations conventionnelles et leurs effets sont réglés par la loi du lieu du contrat.

Toutefois, préférence est donné aux lois nationales des contractants, si ces lois disposent d'une manière identique.

Ces règles ne sont pas applicables si, de l'intention des parties, constatée expressément ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles ont entendu soumettre leur convention à une loi déterminée. La faculté accordée, à cet égard, aux parties contractantes, ne peut avoir pour objet que la loi nationale de l'une d'entre elles au moins, la loi du lieu du contrat ou la loi du lieu où celui-ci doit etre exécuté.

Les dispositions du présent article sont suivies, quels que soient la nature des biens qui font l'objet de la convention et le pays où ils se trouvent.

1. Les conventions n'ont, à propement parler, pas de statut ou plutôt elles constituent elles-mêmes un statut, en ce sens que c'est aux parties à établir la loi qui doit régir l'affaire traitée entre elles. Comme l'article 1134 de code civil le rappelle [1]), les conventions forment la loi des parties.

---

1) Voir art. 1387 Code civ.

Deux points échappent seuls à l'autorité du legislateur particulier parce qu'elles dépendent du legislateur souverain: l'état et la capacité des personnes, les intérêts de l'ordre public et des bonnes moers. Pour tout le reste, la loi n'intervient que dans le cas où les contractants ne se sont pas expliqués suffisamment sur l'objet, les conditions ou les effets de leur convention. Ils sont alors censés s'etre rapportés à la loi pour ce qui n'a pas été directement convenu ou stipulé.

Quand il y a doute sur la question de savoir à quelle loi les parties ont entendu se référer et se doute se produit si elles sont de nationalité différente ou si l'acte est fait dans un pays auquel aucune d'elles n'appartient, il y a conflit possible entre plusieurs lois, il y a nécessité de régler le statut d'après lequel la convention sera appréciée. C'est l'objet de l'article 7 du projet.

D'après cette disposition, à défaut de déclaration expresse des parties au sujet de la loi qu'elles élisent pour regir leur convention, il faut rechercher leur intention dans toutes les circonstances de l'affaire. C'est seulement quand le juge n'a pas trouvé dans ces circonstances les moyens de décider, que l'article 7 vient à son secours et qu'il établit des présomptions légales. Dans ce cas extrême, on appliquera, en principe, la loi du lieu du contrat; toutefois, on suivra, de prépérence, les lois nationales des contractans si celles-ci disposent d'une manière indentique sur la convention dont il s'agit.

La faculté que les parties ont d'élire, soit expressément, soit tacitement, la loi d'apres laquelle leur convention doit être réglée se justifie par le respect qui est dû, en cette matière, à la volonté des contractants. L'article 7 du projet limite, cependant, l'usage de cette faculté en ne permettant aux parties de porter leur choix que sur la loi nationale de l'une d'entre elles, au moins, sur la loi du lieu du contrat ou sur la loi du lieu où celui-ci doit être exécuté. Enfin, le dernier paragraphe le l'article 7 applique un des principes fondamentaux du projet, c'est-à-dire la suppres de toute distintion entre les meubles et les immeubles.

Il est nécessaire de s'arrêter à chacun des éléments dont se compose l'article 7 pour en faire apprécier exactement la portée.

2. La vonlonté souveraine des parties est le principe qui domine toute la matière des conventions. Comme le dit M. Laurent.[1] „Ce sont les parties qui font la loi; c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles seront régies." Au lieu de définir par des clauses expresses tout ce qui concerne leurs obligations respectives, ce qu'ils ont la liberté de faire sous la seule réserve des objets qui relèvent de l'ordre public et des bonnes moeurs, les contractants peuvent se rapporter expressément à une loi determinée dont ils s'approprient ainsi les dispositions comme condi-

1) Dévelloppements de l'avant-projet p. 87, n° 3.

tions de leur convention. [1]) Si on doit avoir égard aux déclarations formelles des parties, on doit également tenir compte de leur intention tacite.

Il arrive souvent ou que l'acte est muet sur la loi d'après laquelle les parties entendent que le contract soit interprété et complété ou que celui-ci soit même fait sans écrit. Les qualités respectives des parties leur nationalité, leur domicile, leurs relations antérieures, l'objet spécial de la convention, toutes les circonstances qui entourent le contrat sont alors à consulter et il se peut qu'elles indiquent, aussi clairement qu'une declaration expresse, la loi à laquelle les contractants ont voulu se soumettre. Il n'y a aucune raison d'avoir moins égard à l'intention tacite des parties ainsi révelée qu'à leur déclaration expresse; dans l'un et l'autre cas elles ont manifesté leur volonté. C'est la une premier hypothèse que l'article 7 a dû prévoir et il y pourvoit en admettant la liberté des parties d'élire, soit expressément, soit tacitement, la loi qui gouvernera leur convention [2]).

Mais il se présentait une objection. La liberté absolue laissée aux parties d'élire toute loi, quelle qu'elle soit, n'est-elle pas susceptible d'entrainer des resultats difficiles à concilier avec les nécessités prati-

---

1) Voir art. 1390 Code civil pour les lois, coutumes et statuts abrogés.

2) Voir *Asser* Elements de droit international privé. Traduction de M. Rivier Paris 1884, p. 40 et 71 No. 33. — *Laurent* Développements t. I, pag. 87 No. 4 et 7. Cassation belge 11 Mars 1858. (Pas. 1858 I, 99).

ques? Il faut se rappeler qu'en définitive c'est au juge belge que s'adressent les dispositions de l'article 7; comme toutes celles du projet relatives à la matière des statuts. Sa mission deviendrait bien difficile s'il etait obligé de suivre les parties dans toutes les combinaisons, même les plus fantaisistes, qu'elles auraient arrêtées au sujet de la loi applicable à la convention. C'est pourquoi l'article limite leur choix, soit exprès, soit tacite, à trois catégories de lois. En dehors de la loi nationale de l'un ou de l'autre des contractants, de la loi du lieu du contrat et de la loi du lieu ou celui-ci doit être exécuté, on n'aperçoit pas une autre loi que les parties pourraient utilement et sérieusement prendre pour règle de leurs consentements respectifs. Un Belge est supposé contracter avec un Allemand, en France, un contrat qui doit être exécuté en Angleterre. Ou comprend que les parties aient des motifs pour se rapporter à la loi belge, à la loi allemande, à la loi francaise ou à la loi anglaise. Ou ne comprendrait par que le juge belge fût, en outre, obligé de consulter la loi americaine, s'il avait plus aux parties d'élire, de préference, cette dernière loi. Il y a encore un autre motif de limiter le choix des parties. Les diverses disposisions de l'article 7 sont destinées à régler non seulement la convention elle-même et son interprétation, mais encore ses effets, tous ses effets. Il a paru inadmissible de permettre aux contractants de faire directement, par l'élection d'une

loi quelconque, sans relation aucune avec les parties ou avec l'objet de l'affaire, ce qu'elles ne pourraient faire directement, c'est-à-dire de substituer absolument pour les effets du contrat, même ceux qui tiennent à l'ordre public, leur volonté particuliere à celle de la loi qui gouverne naturellement la convention.

Dans les limites tracées par l' article 7, la faculté accordée aux parties d'elire la loi qui régit la convention et ses effets n'offre aucun inconvénient. Qu'on n'objecte point que le choix des parties pourra n'avoir pour motif que le désir d'échapper à une prohibition d'ordre public. On suppose, par exemple, que des Belges traitant en Belgique on en Allemagne une convention qui doit être exécutée en Angleterre ont élu, soit la loi allemande, soit la loi anglaise, pour échapper à l'application de la loi belge en un point qui touche a l'ordre public. L'article 14 du projet commande, en effet, au juge belge appelé à apprécier la convention de refuser toute valeur à celles des clauses expresses ou tacites d'une convention qui seraient contraires aux droits ou aux intérêts de la societé belge.

3. La seconde hypothèse prévue par l'article 7 est celle où la convention ne stipule rien au sujet de la loi à laquelle elle sera soumise et où les faits de la cause ne revèlent pas non plus au juge l'intention tacite des parties à cet égard.

Il faut bien alors que la loi intervienne à titre d'autorité, en établissant des présomptions légales.

A quelles circonstances faut-il s'arrèter dans cette hypothèse? Un grand nombre de systèmes se sont produits sur ce point [1]) Le projet adopte l'opinion qui est dominante en doctrine; il prend d'abord en considération le lieu où la convention a été passée [2]). C'est là que le lien de droit s'est formé, c'est là que les parties ont dû nécessairement être d'accord sur tout ce qui concerne le contrat, son objet, ses conditions, ses effets. Rien de plus juridique, à défaut de toute manifestation de volonté contraire, que de présumer que les parties se sont rapportées à la loi du territoire où leurs obligations respectives sont devenues parfaites et définitives.

Il est quelquefois difficile, il est vrai, d'appliquer la presomption fondée sur le lieu du contrat. On cite le cas où deux personnes contractent ensemble en cours de voyage [3]). Dans ce cas particulier, le juge n' aura pas, au moins le plus souvent, à appliquer la présomption dont il sagit La cause lui offrira, en effet, des éléments de fait d'où il pourra induire que les parties qui ont traité dans un lieu ou elles se sont rencontrées accidentellement ont entendu faire régir leur convention d'après une loi determinée, soit

1) *Laurent* Développement t. I, pag. 90 et suivantes nos. 8 à 11 et *Asser* pag. 70 et suivantes.

2) Voir art. 1159 Code civ. — *Laurent* loco citato pag. 91 No. 10. — *Asser* pag. 72 No. 1. — Bruxelles 7 Fevrier 1829, 13 Juin 1840. (Pas. 1829 pag. 49, 1840 pag. 159.)

3) *Asser* pag. 76 No. 34. — *Laurent* t. I, pag. 94 No. 12.

leur loi nationale, soit la loi du lieu ou l'obligation doit etre executée. Mais se le juge ne parvient pas à constater cette volonté tacite des parties, il faudra bien que, dans le cas d'une negociation en cours de voyage comme dans tous les autres cas, il se prononce en faveur de la loi du lieu du contrat.

Des auteurs, notamment Savigny [1]) suivent un système tout opposé; à la loi du lieu ou le contrat s'est formé, ils préférent la loi du lieu ou il doit recevoir son exécution. Ce système ne parait pas suffisamment tenir compte du caractère que doit présenter toute presomption légale dans la matière dont il s'agit. Il faut qué cette présomption corresponde à l'intention probable des parties. Or, n'est-il pas plus naturel de supposer que celles-ci se sont rapportées à la loi qui a présidé a la naissance de leurs obligations respectives, c'est-a-dire à la loi du lieu du contrat, plutôt qu'à la loi où peuvent se développer, plus tard et quelquefois très accidentellement, les conséquences, les effets, les suites de leurs consentements mutuels?

Foelix, [2]) partisan en principe de la loi du lieu du contract introduit une réserve en faveur de la loi du lieu de l'execution pour tous les actes qui doivent être accomplis après le contrat et qui ne se ratta-

---

1) *Asser* p. 73 notes 1 et 2. *Laurent* pag. 93 n°. 11. Voir également ci-dessous n°. 7 la même difficulté soulevée à propos du contrat de mariage.

2) Voir *Asser* pag. 74 et 75.

chent pas à l'obligation envisagée dans sa substance ou à ses effets proprement dits.

L'auteur cite les formalités de la délivrance et du payement, la mesure des terres ou des objets mobiliers aliénés, la monnaie dans laquelle le payement doit être effectué, l'obligation de donner quittance. Pour ces divers objets, le projet adopte la manière de voir de Foelix; il s'agit là en effet, non pas du fond du droit, mais de formalités d'exécution du contrat et, d'après le paragraphe 2 de l'article 11, celles-ci doivent être accomplies d'après la loi du lieu où l'exécution est poursuivie. Mais Foelix ajoute qui le lieu d'exécution sera aussi à prendre en considération en ce qui concerne la demeure et l'obligation aux dommages-intérêts que la demeure entraîne. Quant à ce point, il faut distinguer. Certainement, les formalités nécessaires pour constater la demeure sont régies par la loi du lieu où l'exécution de l'obligation est poursuivie, mais la question de savoir si la demeure est encourue et quelles sont les conséquences de la demeure tient au fond du droit et doit, par suite, être résolue d'après la loi qui régit l'obligation elle-même, c'est-à-dire par la loi du lieu du contrat.

4. Si, en principe, il faut présumer que les parties ont entendu se rapporter à la loi du lieu du contrat, il y a une circonstance où cette présomption doit céder devant une présomption plus forte.

Si toutes les parties appartiement à la même natio-

nalité, il est vraisemblable qu'elles se sont référées à la loi qui leur est commune plutôt qu'à la loi du lieu où elles passent leur convention. Elles sont censées connaître mieux leur loi nationale qu' une loi étrangère et lors qu'elles n'ont pas, soit expressement, soit tacitement, manifesté la volonté de répudier leur loi nationale, on doit supposer quelles ont voulu qu'elle règle les conditions de leur contrat. Le Cods civil du royaume d'Italie, et l'avant projet de M. Laurent donnent la préférence à la loi nationale des parties [1]).

L'article 7 du projet étend l'application du même principe au cas où les parties sont de nationalité différente, si leurs lois nationales respectives disposent d'une manière identique sur la matière dont dépend la convention arrêtée entre elles. Il y a, en effet, même raison. Que deux Belge, par exemple, traitent d'une vente en Angleterre ou que ce contrat se passe entre un Belge et un Francais, il est également vraisemblable que les contractants se sont rapportés au Code civil plutôt qu'à la loi anglaise.

Un auteur [2]) croit qu'il n'y pas lieu de préférer la loi nationale commune des parties à la loi du lieu du contrat mais que celle-ci devrait être abandonnée au profit de la loi domiciliaire des parties, si elles

1) Voir les textes en note de l'article 7 du projet.

2) Asser pag. 75, n° 34.

ont leur domicile dans le même pays. Lorsqu'elles sont domiciliées lors de leur pays d'origine, leur nationalité, d'après M. Asser, n'exercera le plus souvent aucune influence sur leur volonté. De même que le Code civil du royaume d'Italie et l'avant projet de M. Laurent, le projet s'est arrêté de préférance, dans toute la matière des statuts, à la circonstance de la nationalité plutôt qu'au fait du domicile [1]). Le domicile est un fait accidentel, quelquefois très difficile à constater; de là peuvent naitre des complications nombreuses si on le prend pour base du statut applicable.

Il est, du reste, à remarquer que les présomptions légales admises par l'article 7 du projet, tant celle fondée sur la nationalité commune der parties ou l'indendité de leur lois nationales que celle qui repose sur le lieu du contrat, n'interviennent qu'à défaut d'une manifestation expresse ou tacite d'une volonté contraire et que le fait du domicile commun des parties est une des circonstances auxquelles le juge pourra avoir égard aux fins de determiner cette intention. Le fait aurait une grande importance si, par exemple, les contractants avaient depuis longtemps quitté leur pays d'origine pour s'etablir dans un autre pays.

5. L'article 7 s'applique aux obligations qui résultent des conventions, c'est-à-dire du concours de deux volontés, sans distinction entre les contrats unilatéraux et

---

1) Voir ci dessus sont l'art. 4 n° 2.

les contrats bilatéraux. Il n'y a d'exclusion que pour les donations qui, comme en l'a vu, font l'objet de l'article 6 du projet.

L'article 8 indique les régles qu'il faut suivre en ce qui concerne les engagements qui se forment sans convention et qui sont la conséquence d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. (art. 1370, du Code civil).

Ce n'est que pour la substance, la valeur intrinséque et les effets des conventions, c'est-à-dire pour le fond du droit conventionnel, que l'article 7 est à consulter. Ce qui est relatif aux formes probantes et aux moyens de preuve est prévu pas les articles 9 & 11 § 3 du projet. L'article 7 gouverne les effets, tous les effets des conventions, sous la seule réserve qui a été faite cidessus de certains effets qui tiennent plutôt aux formalités d'exécution [1]).

Le texte de l'article 7, comme celui de l'article correspondant du Code civil du royaume d'Italie, a pour but et pour conséquence d'empêcher qu'on ne fasse état des distinctions que certains auteurs ont voulu admettre, dans la matière des statuts, entre les effets propement dits ou immédiats et les effects médiats, accidentels ou suites des obligations [2]).

---

1) Voir ci-dessus sous l'art. 7 No. 3.

2) Voir ci-dessus, en ce qui concerne les donations et les testaments, sous l'art. 6, No. 3. — *Asser*, pag. 79 No. 37. — *Laurent* No. 2 à 12.

La prescription extinctive, étant un des effets des obligations et le projet ne disposant pas d'une manière particulière en ce qui la concerne, est soumise, comme tous les autres autres effets, à la loi qui gouverne les obligations elles-mêmes [1]).

6. Comme on l'a rappelé, la distinction des biens en meubles et immeubles et le lieu de leur situation ne doivent exercer aucune influence sur le statut applicable en matière de convention, lequel ne dépeud que de la volonté des parties.

L'article 7, en exluant formellement les circonstances de la situation et de la distinction des biens, a eu pour but d'empêcher que la doctrine qui rattache les conventions au statut réel, quand elles portent sur des immeubles, ne se reproduise sous l'empire de Code revisé [2]).

Il est bien entendu que c'est au point de vue seulement du droit personnel d'obligation que la loi de la situation est exlue. Cette loi est, au contraire, la seule à considérer, d'après l'article 5 du projet, en

---

1) C'est l'opinion de *Savigny* et de plusieurs auteurs et c'est celle qui parait la plus juridique. Elle est loin, cependant, de réunir l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence. De nombreux systèmes se sont produits à l'égard de la loi applicable aux conditions et au délai de la prescription. Indépendamment de la loi qui régit l'obligation, la loi du domicile du créancier, la loi du domicile du debiteur, la loi du lieu du payement, la loi du pays ou l'action est poursuivie (lex fori) ont chacune eurs partisans. Voir *Asser*, pag. 82 No. 3. *Laurent*, t. I pag. 165 et suivantes.

2) *Laurent*, Developpements No. 22.

ce qui concerne les conditions d'établissement et d'extinction des droits réels concédés sur les biens.

7. Divers auteurs traitent a part le statut apllicable à l'un des contrats les plus importants, le contrat de mariage. D'après le projet, ce contrat est soumis à l'article 7, comme tous les autres contrats, sous la réserve commune à tous les contrats des lois relatives à la capacité, aux formes extérieures ou probantes, à l'ordre public et aux bonnes meurs, aux droits et aux intérèts de la société belge.

Pour le contrat de mariage, comme pour les contrats en général, il est necessaire de consulter, d'abord, la volonté expresse au tacite des parties. C'est cette volonté qui est maitresse et qui doit déterminer la loi qui sera applicable parmi celles auxquelles il leur est permis de se rapporter pour le régime des biens de la société conjugale. Le doctrine et la jurisprudence les plus récentes sont d'accord sur ce point [1]).

Ce n'est qu'à défaut de pouvoir s'arrêter à l'intention des époux que le juge recourt aux présomptions légales.

Mais, ici, en retrouve en doctrine les mêmes divergences que l'on a déjà constatées à propos des contrats en général, au sujet de la présomption qui parait la

1) Voir les nombreuses annotations sur le jugement du tribunal de Nivelles du 17 Fevr. 1879 (Belg, jud. pag. 982) Beltjens: Discours de rentrée de la cour de Liège 15 Oct. 1869,

mieux appropriée à la matière. Beaucoup d'auteurs condamnent absolument la présomption basée sur le lieu du contrat ou de la célébration du mariage, comme ne correspondant pas suffisamment à l'intention des conjoints; d'autres ne veulent pas non plus de la présomption fondée sur la nationalité commune des époux et la plupart substituent à ces présomptions une autre présomption qui prend égard au domicile matrimonial, c'est-a-dire au domicile du mari, soit celui qu'il a au moment du mariage, soit celui qu'il choisit après le mariage pour y établir le siège de la société conjugale. Ce dernier domicile est, en définitive, le lieu de l'exécution du contrat et la question revient, ici encore, à savoir si les époux peuvent être supposés avoir songé, pour régler leur convention, à la loi du lieu de l'execution plutôt qu'à leur loi nationale.

On a dit, ci-dessus, pourquoi toute présomption fondée sur le domicile a été écartée. Dans la matière du contrat de mariage, il y a encore plus de raison de craindre les difficultés qui naissent du caractère équivoque et douteux du fait de l'établissement du domicile.

Si la loi nationale des parties doit exercer une influence préponderante, c'est bien lorsqu'il s'agit des conventions matrimoniales, car elles se rattachent intimement au mariage et à son but, à la famille et à ses intérêts et ces objets dépendent essentiel-

lement de la loi personnelle, de la loi nationale. [1])

Or, de fait, la seule loi qui, en l'absence d'une manifestation de volonté des parties sera prise en considération par le juge pour régler le sort des biens de la société conjugale, sera la loi de la nation à laquelle le mari appartient au moment du mariage. Jamais, le juge n'aura à appliquer la présomption légale basée sur le lieu du contrat, s'il a été fait une convention antenuptiale, ou sur le lieu de la célébration du mariage, si les époux se sont mariés sans contrat. En effet, pour le mariage, la femme acquiert de plein droit, la nationalité de son mari, et, le contrat de mariage n'ayant de valeur que si le mariage suit, il n'y a pas lieu de s'arrêter à la nationalité différente que la femme peut avoir eue au jour ou ce contrat a été dressé. En un mot, il ne peut y avoir désaccord entre les lois nationales respectives des parties, seule hypothèse où la loi du lieu du contrat pourrait intervenir d'après les règles générales de l'article 7 du projet.

Comme il a été dit, une partie de la doctrine et de la jurisprudence actuelles s'attache également au statut personnel du mari au moment du mariage; seulement, elle détermine ce statut d'après le domicile que le mari posséde a cette époque. Ce systeme ne se

---

1) Voir sur toute la matiere des conventions anténuptiales, *Asser* pag. 107 et suivantes n[c] 47 à 51.

distingue de celui du projet que relativement au choix de la circonstance juridique qui fixe le statut personnel. Un autre partie de la doctrine et de la jurisprudence prend aussi égard au statut personnel du mari et à sa loi domiciliare, mais le domicile qui indique la loi applicable n'est pas celui que le mari a lors du mariage, c'est celui qu'il choisit plus tard comme siège de l'association conjugale. Ce second système se heure à des difficultés tres sérieuses.

Comme M. le procureur général Beltjens l'a fait remarquer dans son discours de rentrée du 15 Octobre 1869, prendre égard, dans la matière du contrat de mariage, au lieu où les époux se sont établis après le mariage, c'est arriver à méconnaître le principe de l'immutabilité du contrat, consacré par l'article 1395 du Code civil, et abandonner au mari le choix da régime le plus favorable à ses intérêts, sans que la femme puisse s'y opposer puisqu'elle est obligée de le suivre partont où il lui plait de résider. Ces motifs sont assez puissants, paraît-il, pour empêcher le législateur de consacrer ce second système.

STELLINGEN.

I.

De leer volgens welke, eene verbintenis uit overeenkomst, bij conflict van wetgeving, onder alle omstandigheden, te beoordeelen is naar de wet van land waar de rechter zetelt (lex fori), is niet juist.

II.

De verbintenis uit overeenkomst moet slechts dan beoordeeld worden naar de wet van het land waar de overeenkomst is gesloten (lex loci contractus), wanneer het blijkbaar de bedoeling van partijen was zich daaraan te onderwerpen.

III.

De door sommige schrijvers, ter bepaling der toepasselijke wet, aangenomen onderscheiding tusschen min of meer verwijderde rechtsgevolgen der overeenkomst (effets et suites du contrat) is onjuist.

IV.

Door den rechter van het land, waar een maximum van geoorloofde interessen is vastgesteld kunnen ook hoogere interessen worden toegewezen voor geleende sommen geld, buiten dat land besteed.

V.

Hoewel de uitloving (eene overeenkomst aangegaan met van den aanvang af onbepaalde personen) bij de Romeinen in het verkeer bekend was, hebben zij daaruit geen wettelijken band doen ontstaan.

VI.

Art. 226 B. W., waarbij bepaald wordt dat giften ter zake des huwelijks kunnen plaats hebben onder voorwaarden welker uitvoering van den wil des schenkers afhangt is geen uitzondering op art. 1292 al. 1 B. W., maar eene toepassing van art. 1292 al. 2 B. W.

VII.

De bezitter ter goeder trouw is sedert het instellen tegen hem van de rechtsvordering, en die ter kwader trouw sedert zijn bezit, ook voor toeval aansprakelijk.

VIII.

Wanneer eene zaak, aan twee verschillende personen verkocht, door toeval te niet gaat alvorens aan een van beiden te zijn geleverd, kan de verkooper van geen van beide koopers den koopprijs vorderen.

IX.

Indien de borg van een' huurder betaald heeft, is hij bevoegd tegen den huurder in te stellen de actie tot ontbinding der huurovereenkomst met schadevergoeding.

X.

Het is den rechter geoorloofd eene *sententia mere declaratoria* te geven n. l. eene verklaring omtrent rechten onafhankelijk van de vraag of de feitelijke toestand al dan niet daaraan beantwoordt.

XI.

Het ware wenschelijk dat in art. 48 van het ontwerp van wet op het handelspapier (den Koning aangeboden door de Staatscommissie ingesteld bij Zijner Majesteits besluit van 22 November 1879 No. 22) aan den houder van een geprotesteerden wissel ook het recht worde toegekend zekerheidstelling te vorderen voor de betaling op den vervaldag.

XII.

De order-clausule bij polissen is krachteloos.

XIII.

De verzekeraar kan niet, alleen op grond dat de premie niet betaald is, weigeren schadevergoeding uit te geven.

XIV.

Het retentierecht gaat te niet, wanneer de eigenaar der geretineerde zaak in staat van failissement geraakt.

XV.

Van de beslissing over geloofsbrieven van gekozen leden der Staten-Generaal behoorde hooger beroep op den burgerlijken rechter toegelaten te wezen.

XVI.

Bij eventueele herziening der Grondwet eischen art. 42 en art. 97 G. W. (art. 38, 39 en art. 100 Regeeringsontwerp) nog nadere aanvulling, met betrekking tot de opening van en het voorzitterschap in de vergaderingen bij die artikelen bedoeld.

XVII.

Opdracht van zelfstandige rechtspraak aan den Raad van State is niet ongrondwettig.

XVIII.

Ten onrechte bedreigd het Nieuwe Wetboek van Strafrecht alléén straf tegen *opzettelijke* schending van geheimen.

XIX.

De wijze waarop in het Nieuwe Wetboek van Strafrecht de warenvervalsching wordt geregeld, is zeer onvolledig.

XX.

Wanneer art. 64 en art. 65 van het Nieuwe Wetboek van Strafrecht samenvallen moet art. 64 worden toegepast.

XXI.

Zij, die zich kunnen verschoonen van getuigenis af te leggen, kunnen niet worden gedwongen om stukken van overtuiging af te geven, indien zij deze stukken in bezit hebben juist door de betrekking, welke de reden van verschooning oplevert.

XXII.

Het toezicht op de naleving eener wet tot beperking van kinderen- of vrouwen-arbeid behoort aan bijzondere ambtenaren te worden opgedragen.

XXIII.

Zeer juist zegt *J. C. van Marken Jr.* (La question ouvrière, essai de solution pratique) „Il se peut „que le travail soit une marchandise qu'on achète „comme une machine pour un certain prix, mais quand „on achète un instrument on ne lui demande pas le „sentiment du devoir, sans lequel cependant tout „travail humain n'est qu'un élément mort ou destruc-„tif. — C'est donc au directeur à exciter et à encourager „ce sentiment du devoir, c'est donc au capital à lui „en fournir les moyens."

XXIV.

Het toekennen van bijzondere voordeelen, in den vorm van te verloten premien, aan de inleggers bij de Rijks Postspaarbank, ware een krachtig middel om tot sparen aan te moedigen.


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS